

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I.1. GLOSARIO DE TÉRMINOS

- **APC Perú – EEUU:** El Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Perú y Estados Unidos de América
- **Comisión:** la Comisión de Libre Competencia (denominación actual) o la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (denominación según el Decreto Legislativo) del INDECOPI
- **Decisión 608:** Decisión 608, Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 04 de abril de 2005
- **DL 25868:** el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI
- **DL 701:** el Decreto Legislativo 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991
- **DL 807:** el Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI
- **ICN:** la Red Internacional de la Competencia¹
- **INDECOPI:** el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
- **Decreto Legislativo :** la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- **OECD:** la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos²
- **OSIPTEL:** el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
- **Ley:** Ley de represión de Conductas Anticompetitivas
- **Reglamento:** el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM
- **UNCTAD:** la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo³
- **Tribunal:** la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI

I.2. INTRODUCCIÓN

La estructura del mercado mundial ha cambiado significativamente en las últimas décadas debido a la globalización y liberalización de las economías y el intenso avance de la tecnología, principalmente en sectores como transporte, energía, información y telecomunicaciones. Estos procesos han transformado el funcionamiento de los mercados al reducir notablemente los costos de transacción, facilitar las comunicaciones e incidir favorablemente en el aumento de las transacciones y la mayor velocidad con que éstas se realizan.

La liberalización de los mercados provoca un incremento sustancial del comercio a escala mundial, situación que no ha excluido a los países de la región, los que

¹ International Competition Network.

² Organisation for Economic Co-operation and Development.

³ United Nations Conference on Trade and Development.

también han participado de la creciente integración de mercados⁴. Adicionalmente, como consecuencia del cambio en la configuración de las condiciones económicas, los flujos de inversión directa extranjera han experimentado un aumento significativo⁵.

Los beneficios de la participación de los países en los mercados ampliados son grandes. Para los consumidores representa la oportunidad de acceder a una mayor cantidad de bienes y servicios que pueden ser abastecidos en mejores condiciones de precios y calidad, tanto de origen nacional como extranjero. Para los productores significa la oportunidad de acceder a un mayor número de clientes (mercados más grandes), alcanzar escalas más eficientes de producción, aprovechar ventajas competitivas, entre otras. Los beneficios se traducen en mayor crecimiento y, por tanto, en mayores niveles de ingresos, empleo, recaudación tributaria, etc.

El APC Perú - EEUU y el resto de acuerdos comerciales que el Perú tiene la expectativa de suscribir⁶ conllevan una gran potencialidad en cuanto a su impacto positivo sobre los ciudadanos y la sociedad en su conjunto. De ahí que es compromiso del Estado peruano tomar las acciones pertinentes para garantizar que los consumidores y empresas nacionales se beneficien de tales acuerdos comerciales.

En tal sentido, mediante Ley 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, sobre facilitación del comercio, mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado, mejora de la administración de justicia en materia comercial y contenciosa administrativa y promoción de la inversión privada.

Con la finalidad de coadyuvar a la consecución de los objetivos de mejorar la competitividad económica y asegurar un impacto positivo del APC Perú – EEUU sobre el bienestar social, y en el contexto del tema “mejora del marco regulatorio”, se propone el presente Proyecto.

No cabe duda que la libre competencia es un factor fundamental en la eficiente asignación de recursos dentro de la sociedad y que redundará en un mayor bienestar de los consumidores. Es a través de la competencia que los agentes económicos pugnan por abastecer los mercados de productos y servicios en una

⁴ Según datos de la UNCTAD, US\$ 11,9 billones se comercializaron en todo el mundo durante el año 2006, 87% más que en el año 2000, 125% más que en 1996 y 252% más que en 1990. Sudamérica comercializó el equivalente al 3,3% del total mundial (US\$ 390 mil millones) en el 2006, monto que refleja un incremento del 130% respecto de 2000, 175% respecto de 1996, y 345% respecto de 1990. Fuente: UNCTAD. Handbook of Statistics 2007. Disponible en: <http://stats.unctad.org/Handbook/ReportFolders/ReportFolders.aspx> (visitada el 1 de abril de 2008).

⁵ En el Perú, el monto de inversión directa extranjera (tanto de entrada como de salida) alcanzó un total de US\$ 19,4 mil millones en 2006, más de 13 veces lo transado en 1990, lo que representa un incremento de 188% y 75% respecto del monto registrado en 1996 y 2000, respectivamente, y el cual además ha venido creciendo a una tasa anual promedio de 18% desde el 2000. Fuente: UNCTAD. Op. Cit.

⁶ Con Canadá, Singapur, Tailandia, Corea del Sur, México, Unión Europea, China, entre otros.

adecuada relación calidad - precio y realizan inversiones en investigación y desarrollo que les permiten proveer de nuevos y mejores productos a sus clientes. Para proteger los efectos positivos de la libre competencia sobre las sociedades a nivel mundial, los países implementan leyes de competencia prohibiendo determinadas conductas de los agentes económicos. Dada la importancia de este tipo de legislaciones, y con el fin de corregir las distorsiones en el comercio internacional, no son raros los casos de normativas de libre competencia de carácter supranacional (por ejemplo, a nivel de la Unión Europea o la Comunidad Andina).

Ante un escenario de globalización e integración de mercados, las políticas de competencia toman mayor relevancia. Con la ampliación de mercados la normativa de defensa de la libre competencia y las instituciones que velan por su cumplimiento deben evolucionar y adaptarse a las nuevas situaciones, donde los desafíos son mayores a fin de cumplir con su principal objetivo de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En efecto, en un escenario de mercados ampliados se espera que interactúen un mayor número de agentes económicos, que se generen nuevos mercados, que se verifique la presencia de grandes empresas transnacionales o multinacionales (posiblemente dominantes) que puedan adoptar estrategias para excluir del mercado a sus competidores, que los agentes locales puedan tener incentivos para reaccionar indebidamente a este nuevo contexto tratando de erigir barreras estratégicas a la competencia, entre otros. Es decir, ante esta nueva realidad se incrementa la posibilidad de ocurrencia de prácticas anticompetitivas que impidan que los beneficios del libre comercio lleguen a los consumidores. De otro lado, la posibilidad de prácticas anticompetitivas también tiene un impacto sobre la competitividad del país, puesto que aquéllas podrían impedir, por ejemplo, el acceso de nuestros productores a insumos con precios y calidades que sean resultado de la libre competencia.

Otro aspecto asociado al nuevo contexto de mercados ampliados tiene que ver con el incremento de los costos de supervisión de los mercados, lo cual dificulta la labor de las autoridades de competencia respecto de conductas anticompetitivas transfronterizas⁷. En términos económicos, los mercados ya no se limitan a los ámbitos territoriales, ni se restringen a una zona geográfica delimitada, sino que se definen por el ámbito en el cual se realizan las transacciones. Los mercados no están aislados sino que se integran e interrelacionan dentro de un sistema económico.

Así, los efectos de un mal funcionamiento en un mercado pueden tener serios impactos sobre otros, inclusive sobre el bienestar de las sociedades que participan directa o indirectamente de las transacciones realizadas en dichos mercados. De ahí la importancia de contar con una legislación que asegure el buen funcionamiento de los mercados, protegiendo a la sociedad de los efectos de conductas anticompetitivas, ya sea que éstas se realicen por agentes económicos ubicados dentro o fuera del territorio nacional. Este aspecto explica los esfuerzos de las autoridades de competencia por armonizar legislaciones, cooperar entre ellas (en temas de investigación o intercambio de información) e inclusive, en última instancia, contar con autoridades de competencia supranacionales.

⁷ Ivaldi, M. y Bertrand, O. (2006) "European Competition Policy in International Markets", Octubre, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951594> (visitada el 1 de abril de 2008).

Dada la dimensión internacional de los mercados y la economía en general, en un contexto de acuerdos comerciales suscritos (y por suscribir) por parte del Perú se hace aún más necesario promover y asegurar la competencia para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, lo que favorecerá considerablemente la competitividad del país, la eficiencia económica y el bienestar de la sociedad. Para cumplir con dicha tarea y aprovechar al máximo los beneficios de los acuerdos comerciales, el fortalecimiento institucional y la mejora del marco legal son pasos importantes que nuestro país debe tomar.

En el Perú se encuentra vigente el DL 701 (1991). De acuerdo a la experiencia adquirida en su aplicación y en base a las nuevas necesidades surgidas con relación a la ampliación de mercados producto del APC Perú - EEUU y del resto de acuerdos comerciales por suscribir, el presente Proyecto contiene una serie de mejoras, procurando una solución de conflictos oportuna, predecible y confiable.

En ese sentido, el Decreto Legislativo precisa la finalidad de la Ley en consonancia de los objetivos previstos en el propio APC Perú - EEUU y la Decisión 608; clarifica su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial); destaca el principio de primacía de la realidad; establece conceptos claros y criterios de análisis que generan mayor predictibilidad en su aplicación al establecer las conductas consideradas como anticompetitivas; en particular, propone un tratamiento de prohibición absoluta para aquellas conductas colusorias consideradas a nivel internacional como inherentemente anticompetitivas; redefine y mejora sustancialmente el procedimiento administrativo, incorporando plazos más realistas, la preclusión en el ofrecimiento de pruebas pero sin afectar el derecho de defensa, un mejor tratamiento de las medidas cautelares y una diferenciación más clara entre el rol instructor y el resolutorio; dota de mayor capacidad disuasiva el esquema de sanciones, mejorando los criterios para establecerlas, incrementando el tope para casos de infracciones muy graves y desarrollando la facultad de la autoridad para dictar medidas correctivas; entre sus aspectos más importantes.

Siendo así, el Decreto Legislativo mejorará sustancialmente la labor destinada a velar por la libre competencia en el Perú, lo que, a su vez, mejorará la competitividad del país y establecerá un ambiente apropiado para las inversiones.

I.3. DIAGNÓSTICO DEL DL 701

Luego de quince años de aplicación del DL 701, el diagnóstico evidencia que la norma presenta una serie de deficiencias y vacíos, requiriéndose por ello una reforma integral. A continuación detallamos algunas de dichas deficiencias y vacíos.

Principales deficiencias en el DL 701

- “Precios abusivos”

El caso iniciado por Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez - Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP (2004) puso en evidencia un aspecto controvertido de la norma: la eventual posibilidad de combatir las prácticas explotativas, específicamente los llamados “precios abusivos”.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal interpretó los artículos 3⁸ y 5⁹ del DL 701 y estableció que el INDECOPI se encontraba facultado para sancionar por el establecimiento de dichos precios. No obstante ello, y aplicando el mismo cuerpo normativo, tres años después la Comisión resolvió exactamente en sentido opuesto, en el caso iniciado por la denuncia de la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu - Consettur Machupicchu S.A.C. (2007), señalando que del DL 701 no era posible desprender tal facultad ya que resultaba contraria a lo establecido a nivel constitucional, al propio objetivo de dicha norma y las normas contenidas en el Decreto Legislativo 757¹⁰.

Lo anterior evidencia la necesidad de clarificar la norma en el sentido de que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido.

- Regla *per se* vs. Regla de la razón

Discrepancias en lo concerniente al uso de la regla *per se* o la regla de la razón para evaluar los casos de prácticas colusorias también se hicieron presentes durante estos años de aplicación de la norma.

En el caso iniciado por investigación de oficio en contra de veintitrés (23) avícolas y la asociación que las agrupaba¹¹ (1997), la Comisión utilizó, sin que ello fuera objeto de mayor controversia, la regla *per se*. Dicha posición fue ratificada luego por el Tribunal, el que, incluso, estableció un precedente de observancia obligatoria que dispuso que las concertaciones de precios, repartos de mercado, repartos de cuotas de producción y limitación o control de la producción debían sancionarse de acuerdo a la regla *per se*. No obstante, seis años después, y nuevamente bajo la misma norma, la propia Sala decidió evaluar un caso de concertación iniciado de oficio en contra de nueve aseguradoras y la asociación que las agrupaba¹² (2003) bajo una regla similar a la regla de la razón, atendiendo a una interpretación histórica de cómo debía considerarse la afectación al "interés económico general". Esta nueva decisión derogó el precedente de observancia obligatoria de 1997, reemplazándolo por

⁸ DL 701.-
Artículo 3°.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

⁹ DL 701.-
Artículo 5°.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

¹⁰ Decreto Legislativo 757.-
Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.
Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

¹¹ Expediente N° 029-96-CLC.

¹² Expediente N° 004-2002-CLC.

otro que prevé un tratamiento para la totalidad de prácticas colusorias semejante al de una regla de la razón.

Como se aprecia, la misma autoridad tuvo interpretaciones distintas respecto de cuál sería el tratamiento que le daría a infracciones tan importantes como las concertaciones de precios o los repartos de mercados, lo que generó algún grado de incertidumbre entre los administrados. Al tratarse de prácticas inherentemente anticompetitivas y perjudiciales para la sociedad correspondería que, a nivel legislativo, se establezca un criterio claro respecto de cuál será el tratamiento que la autoridad de competencia nacional le dará a aquellas conductas.

- Tipo abierto: "otros casos de efecto equivalente"

Un voto en discordia en el caso iniciado por denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores y el señor Javier Diez Canseco Cisneros en contra de AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP (2004) señaló una opinión minoritaria pero discordante con relación a que el literal f) del artículo 5¹³ no satisfacía el principio de tipicidad¹⁴. Bajo dicha opinión, conductas tales como los precios predatorios o los acuerdos de distribución exclusiva no se encontrarían tipificadas y, por ende, no resultarían sancionables.

Al respecto, resulta necesario dotar a la norma de libre competencia de una precisa tipificación de las conductas que resultan sancionables, de tal manera que no permanezcan opiniones discordantes que señalen que determinadas prácticas, que pueden resultar muy nocivas para la sociedad, no se encuentran prohibidas por la Ley.

- Acuerdos verticales

La norma vigente ha evidenciado carecer de una regulación completa de los acuerdos verticales. Un ejemplo claro son los ya mencionados acuerdos de distribución exclusiva. Bajo la ley vigente no termina de quedar claro si dichas conductas serían calificadas como casos de abuso de posición de dominio, de

¹³

**DL 701.-
Artículo 5°.- (...)**

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. *(Texto modificado por el artículo 11 del DL 807)*
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d) *(Texto derogado por el artículo 12 del DL 807)*
- e) *(Texto derogado por el artículo 12 del DL 807)*
- f) Otros casos de efecto equivalente. *(Texto modificado por el artículo 11 del DL 807)*

¹⁴

Dicha opinión sería aplicable también al literal j) del artículo 6 del DL 701.

conformidad con su artículo 5, pues ello se contradice con la existencia del acuerdo. Pero por otro lado tampoco resulta claro que se trate de una práctica colusoria en los términos del artículo 6, en la medida que los acuerdos verticales, por naturaleza, requieren de la existencia de posición dominante de uno de los agentes involucrados para representar un perjuicio sobre el proceso competitivo.

- Compromiso de cese

La regulación del compromiso de cese no contempla un plazo adecuado para su formulación, pues los 15 días previstos en el DL 701 resultan insuficientes. Se requiere un plazo más amplio que permita a las empresas investigadas reunirse y formular un compromiso de cese. Asimismo, la potestad discrecional de la Comisión parece no ser comprendida por los administrados, quienes han tendido a impugnar resoluciones denegatorias de compromiso de cese que, por su carácter eminentemente discrecional, no son impugnables.

A fin de evitar que un mecanismo útil como éste pueda convertirse en un instrumento de impunidad, se aprobaron los correspondientes Lineamientos por Resolución N° 039-2005-INDECOPI/CLC. No obstante ello, la ausencia de disposiciones claras e incentivos adecuados a nivel legal no han permitido que la institución logre los objetivos para los que fue adoptada.

- Exoneración de responsabilidad

La falta de incentivos adecuados se hace evidente también con relación a la exoneración de responsabilidad. Dicha institución no está funcionando como en otros ordenamientos, pues nunca ha sido aplicado en el Perú. Las deficiencias en su regulación parecen desincentivar su uso por parte de los administrados.

- Preclusión en la aportación de pruebas

Resulta tan irreal el plazo previsto para el término probatorio que termina por no aplicarse. Los 30 días previstos en el artículo 16¹⁵ del DL 701 son tan irreales que han pasado a tener naturaleza lírica. Un plazo más realista tendría más razones para ser efectivamente exigido.

- Notificación del Informe Técnico

El DL 701 no prevé la notificación del Informe Técnico a las partes involucradas en el procedimiento. En la práctica (caso SOAT, 2003), éste se ha estado notificando para asegurar el derecho de defensa de los administrados, pero lo que sucede luego de ello, a falta de regulación específica, es absolutamente incierto para las partes.

- El rol instructor de la Secretaría Técnica:

La poca claridad que existe con relación al rol instructor de la Secretaría Técnica complica sus labores.

Los artículos 15¹⁶ y 22¹⁷ del DL 701 darían a entender que quien debería iniciar la investigación por denuncia de parte es la Secretaría Técnica, lo que sería coherente con los otros actos de instructor de dicha autoridad: su informe es notificado primero a las partes, quienes pueden presentar alegatos contra él, y luego de recibir dichos alegatos, la Secretaría Técnica comunica el informe a la Comisión.

Sin embargo, lo que se da en la práctica es que es la Comisión quien inicia la investigación en casos de denuncia de parte. Así, lo que viene sucediendo es que la Comisión es quien formula la imputación de cargos y luego la que declara la existencia de infracción e impone la sanción correspondiente. Un procedimiento sancionador más "garantista" del derecho de defensa de las empresas investigadas exige que sea el instructor, la Secretaría Técnica, quien efectúe la imputación de cargos, mientras que el órgano de decisión, la Comisión, desde una tercera posición y sin estar contaminada de los indicios primigenios, sea quien decida si hay o no infracción.

Asimismo, tampoco queda claro del articulado vigente si luego de notificado el Informe Técnico, la Comisión puede ordenar la actuación de pruebas.

- Las tensiones con el ámbito penal

La posibilidad de sancionar la comisión de conductas anticompetitivas tanto en el ámbito administrativo como en el penal no ha generado beneficio alguno a la fecha y, más bien, constituye una peligrosa puerta abierta cuyo uso indebido puede terminar perjudicando las labores de la Comisión.

A la fecha no se ha procesado penalmente a ningún agente que haya sido encontrado responsable de violar el DL 701. Sin embargo, la posibilidad de llevar la discusión sobre conductas anticompetitivas al ámbito penal podría generar impunidad a partir de un mal uso de agentes investigados en un procedimiento de libre competencia, quienes tienen actualmente la posibilidad de paralizar el procedimiento administrativo si se coluden con un tercero para que los denuncie en el ámbito penal.

En efecto, la apertura de un proceso penal por hechos similares a los discutidos en el procedimiento de libre competencia acarrearía la suspensión automática del procedimiento seguido en sede administrativa. El objetivo del inculpado sería obtener una condena benévola en sede judicial, probablemente con suspensión de ejecución de la pena, y evitar así la condena en el ámbito administrativo, que puede acarrearle la imposición de una cuantiosa multa.

16

DL 701.-

Artículo 15.- La investigación será iniciada por la Secretaría de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Si la Secretaría estima, existen indicios razonables de violación de la presente ley, notifica al presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley.
(subrayado agregado)

17

DL 701.-

Artículo 22.- Quien en forma maliciosa o sin motivo atendible solicite a la Secretaría investigaciones, será responsable de las costas personales sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar. Asimismo, será sancionado pro delito de calumnia.

La Secretaría debe rechazar de plano solicitudes de investigación que sean manifiestamente infundadas.
(subrayado agregado)

- Indemnización por daños y perjuicios

La regulación con relación a la indemnización por daños y perjuicios resulta insuficiente, lo cual se evidencia su nula aplicación a la fecha.

- Facultades de investigación

Las facultades de investigación de la Comisión y su Secretaría Técnica no son suficientes para realizar adecuadamente su labor. Por ejemplo, no se contemplan específicamente atribuciones necesarias para la revisión de correos electrónicos de agentes involucrados en casos de libre competencia. Dicha insuficiencia legal conlleva una serie de limitaciones para la obtención de medios probatorios.

Vacíos del DL 701

A continuación listamos una serie de materias que no están mencionadas en el DL 701 y cuya presencia coadyuvaría de mejor forma a las labores de la Secretaría Técnica, la Comisión y el Tribunal:

- Principio de primacía de la realidad: A diferencia de otros ámbitos del ordenamiento jurídico peruano como el laboral, no hay mención alguna a dicho principio.
- Reconocimiento expreso de la teoría de los efectos: Absolutamente necesaria cuando se trata de actos contrarios a la libre competencia, en la medida que la territorialidad se ve superada por los efectos que generan las conductas más allá de dónde son ejecutadas inicialmente o del lugar de domicilio del agente infractor.
- Información confidencial: La actual regulación se encuentra en los Lineamientos sobre Información Confidencial (2000) y la Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del INDECOPI (2007), pero se carece de un referente de naturaleza legal al respecto.
- Procedimiento en segunda instancia: Lo que genera cierta incertidumbre con relación a los procedimientos que se tramitan ante el Tribunal una vez que se interpone un recurso de apelación.
- Medidas correctivas: A pesar de su importancia en los procedimientos de esta naturaleza y de haber sido ya reconocidas por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC.
- Multas coercitivas: No existe la posibilidad de imponer multas por el incumplimiento en la ejecución de medidas correctivas.

Como puede apreciarse, la naturaleza y cantidad de deficiencias y vacíos del DL 701 no permiten ser solucionadas con correcciones específicas a la norma vigente, sino que es necesaria una reforma integral, una nueva ley. Por ello, se propone una Ley integral sobre el control de conductas anticompetitivas que no contiene un régimen de control de concentraciones empresariales (control de fusiones).

I.4. EL CONTENIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO

1. Disposiciones generales

Finalidad de la Ley

Uno de los artículos más importantes del Decreto Legislativo es el referido a la finalidad de la Ley, dado que define el objetivo perseguido en la aplicación de todo el marco normativo desarrollado en ésta y guiará a la autoridad de competencia en su labor de resolución de controversias derivadas de infracciones a la Ley.

De acuerdo a su artículo 1, la finalidad de la Ley es prohibir y sancionar conductas anticompetitivas promoviendo la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. En tal sentido, el Decreto Legislativo busca la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, en la medida que éstas dañan el proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores.

Al establecerse como objetivo la promoción de la eficiencia económica a través de la protección del proceso competitivo, lo que el Decreto Legislativo procura es permitir que de la propia dinámica de la competencia se obtenga un desempeño eficiente de los mercados.

La eficiencia económica puede ser definida a través de tres componentes: eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa. La eficiencia productiva está referida a la forma más efectiva de utilizar los recursos y la tecnología para producir y se traduce en menores costos de producción. La eficiencia innovativa está referida a la utilización de la investigación y desarrollo para la introducción de nuevos o mejores productos. La eficiencia asignativa está referida a una eficiente asignación de recursos y bienes entre los compradores que los valoran más y se traduce en precios cercanos a los costos de producción.

A través de la rivalidad entre los competidores por obtener la aceptación de los consumidores, las empresas tienen incentivos para comportarse eficientemente, lo que a su vez repercute en el bienestar de la sociedad en su conjunto y en los consumidores en particular. La eficiencia económica resulta ser una medida de qué tan bien las industrias acompañan sus actividades económicas en interés de la sociedad^{18,19}.

¹⁸ Viscusi W. Kip, John M. Vernon y Joseph E. Harrington, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. Second Edition. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1995. Pág. 73.

¹⁹ En relación a la eficiencia económica como objetivo del derecho de la libre competencia, Motta señala:

He sostenido que el bienestar económico es el objetivo que las autoridades de competencia y las cortes deberían perseguir. Esto me lleva a definir la política de competencia como "el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no está restringida de tal manera que reduce el bienestar económico".

(...)

Esto no implica que los objetivos o consideraciones de política pública distintas a la eficiencia económica no sean importantes, pero si un gobierno quisiese lograr dichos objetivos, no debería usar la política de competencia sino simplemente recurrir a instrumentos de política que distorsionen lo menos posible la competencia.

(traducción libre)

En consecuencia, la prohibición de aquellas conductas que dañan el proceso competitivo tiene como objetivo permitir un desempeño eficiente de los mercados, lo que redundaría en el bienestar de los consumidores. Como se aprecia, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo, la acción de las normas de libre competencia se focaliza en la eliminación de conductas anticompetitivas (abusos de posiciones de dominio y prácticas colusorias), lo que impacta indirectamente en el bienestar de los consumidores²⁰.

Cabe destacar que la finalidad de la Ley planteada en el artículo 1 del Decreto Legislativo guarda estrecha relación con el contenido del numeral 1 del artículo 13.2 del APC Perú - EEUU²¹ y la Decisión 608²².

Ámbito de aplicación subjetivo

En el Decreto Legislativo se ha delimitado con mayor precisión el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley a través del numeral 2.1 de su artículo 2. Si bien al igual que el DL 701²³ y la mayoría de legislaciones a nivel comparado²⁴, el

En su idioma original:

(...) I have argued that economic welfare is the objective competition authorities and courts should pursue. This brings me to define competition policy as "the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is no restricted in such a way as to reduce economic welfare".

(...)

This does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible.

Motta, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. 2004. Pág. 30.

En similar sentido ver: Viscusi et. al. Op. Cit. Págs. 63-64.

²⁰ En un pronunciamiento reciente, la Comisión ha señalado:

(...) las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo.

(...)

...la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundaría en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo.

(Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC. Págs. 10-11)

²¹ APC Perú - EEUU.-

Artículo 13.2: Legislación de Libre Competencia y Prácticas de Negocios Anticompetitivas

1. Cada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, y adoptará las acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas.

(...)

²² Decisión 608.-

Artículo 2°.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

²³ Artículo 2 del DL 701.

²⁴ Ver entre otros: el artículo 3 de la Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia de Argentina y el artículo 3 de la Ley Federal de Competencia Económica de México. En el ámbito de la Unión Europea, los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea utilizan el término "empresa" para hacer referencia a los agentes que pueden cometer prácticas colusorias y abuso de posición de dominio. En el mismo sentido, se encuentra el

criterio de la realización de actividad económica sigue determinando a quiénes se aplica la normativa de defensa de la competencia, se ha enfatizado el hecho de que ello es independiente del tipo de persona (natural, jurídica, patrimonio autónomo u otras entidades), finalidad (lucrativa o no) o naturaleza (pública o privada). Es así que se establece que a todo aquel que oferte o demande bienes o servicios en el mercado, le resultará aplicable la Ley.

Ello porque de conformidad con la práctica jurisprudencial del INDECOPI²⁵, así como a nivel comparado²⁶, las normas de defensa de la competencia se aplican a las actividades económicas y no al ejercicio de función pública²⁷, que si bien puede tener un impacto en el funcionamiento del mercado, no responde a la misma lógica de las prácticas anticompetitivas, que precisamente tienen por objeto la obtención de beneficios a través de la afectación de las condiciones de competencia en los mercados.

Asimismo, habiéndose verificado en la experiencia práctica que, si bien las conductas anticompetitivas son llevadas a cabo en la mayoría de casos por los propios agentes económicos que, en situaciones regulares, competirían en el mercado; en algunos casos estos agentes buscan evadir su responsabilidad por infracción a las normas de defensa de la competencia a través de la utilización de las asociaciones o gremios empresariales. Ello sucede cuando estas asociaciones son las que originan la práctica anticompetitiva, lo que puede ocurrir a través de una recomendación de carácter meramente orientador²⁸ o una decisión obligatoria para sus asociados que tenga por efecto que éstos realicen una práctica anticompetitiva como, por ejemplo, que dejen de competir en un mercado, o que fijen precios o tarifas comunes a los consumidores. En tal escenario, el Decreto Legislativo especifica que se podrá imputar responsabilidad a la asociación de empresas por la adopción de una decisión o recomendación anticompetitiva²⁹, sin perjuicio de la responsabilidad de sus asociados por la puesta en práctica de la conducta anticompetitiva³⁰.

Se ha precisado también el tema de la responsabilidad de aquellas personas que actúan en representación de un sujeto infractor, señalándose que la aplicación de la Ley incluye a los integrantes de los órganos de dirección, gestión o representación de los agentes económicos, en tanto hayan tenido participación

numeral 2 del artículo 61 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, al hacer referencia a los sujetos infractores de la ley.

²⁵ Resolución N° 0752-2005/TDC-INDECOPI del 08 de julio de 2005 (Exp. N° 012-2002/CLC).

²⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias*, en: Revista de Derecho Mercantil N° 239, 2001. Págs. 249 – 267. También DE LEMUS CHÁVARRI, Fernando. *El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia*, en: Boletín Económico de ICE N° 2720. Del 18 de febrero al 3 de marzo de 2002. Págs. 19 - 35.

²⁷ Entendiendo por función pública: la actividad política, legislativa, jurisdiccional y administrativa (actos y reglamentos administrativos).

²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000. Pág. 283. En el mismo sentido: BERENGUER FUSTER, Luis. *Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia*, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, D-29, septiembre 1998. Pág. 186.

²⁹ Ver: Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N° 229-97-TDC, de fecha 12 de septiembre de 1997, en el procedimiento seguido por el señor Carlos León Madalengoitia contra la Dra. Química Farmacéutica Estela Vargas L., el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro (Exp. N° 016-96).

³⁰ BERENGUER FUSTER, Luis. Op. Cit. Pág.186.

consciente en la adopción de la conducta anticompetitiva, con lo cual se mejora y amplía el texto análogo del artículo 2 del DL 701.

Finalmente, otra importante novedad en el ámbito de aplicación subjetivo es la contenida en el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Legislativo, que señala que las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades son responsables por los actos anticompetitivos realizados por personas naturales que actúan por encargo de éstas, de manera similar a la regla de responsabilidad por daño del subordinado prevista en el Código Civil³¹.

Ámbito de aplicación objetivo

El artículo 3 del Decreto Legislativo excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia.

A nivel de legislación comparada, se puede citar la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia de España, que en su artículo 4 establece que las disposiciones comunitarias en materia de competencia no se aplican a las conductas que resulten de la aplicación de una ley, lo que resulta equivalente a la norma referida del Decreto Legislativo. La inclusión de este dispositivo en la Ley española responde a criterios jurisprudenciales desarrollados tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España como a criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³².

Por ejemplo, se podría imaginar una situación en la que una ley obligue a las empresas de determinado mercado a concertar los precios de sus productos. Dado que los precios vigentes en el mercado son resultado de una colusión que se da en ejecución de una obligación legal, los agentes económicos involucrados no serían sujetos de sanción por parte de la autoridad de competencia en virtud de la ley de competencia, considerando que su conducta es resultado de lo dispuesto en otra norma legal.

No obstante, conforme se establece en el citado artículo del Decreto Legislativo, el cuestionamiento de estas normas deberá realizarse a través de las vías correspondientes. Así, por ejemplo, se podría dismantelar una restricción a la competencia contemplada en una ley solicitando su expulsión del ordenamiento jurídico a través de un proceso de inconstitucionalidad.

En el Decreto Legislativo se ha considerado conveniente incluir una disposición como la presente con el objeto de precisar cuál es el mecanismo correspondiente para eliminar distorsiones a la competencia que son resultado de la aplicación de normas legales.

Ámbito de aplicación territorial

³¹ Artículo 1981 del Código Civil.

³² Ver: Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español del 4 de marzo de 1999, en el Expediente Nº 335/98. Asimismo, ver Sentencia del 16 de noviembre de 2000 del Expediente Nº 477/99. Adicionalmente, ver sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 21 de septiembre de 1998, en el asunto Van Eycke, 267/86.

A diferencia del DL 701, se norma de manera expresa el ámbito de aplicación territorial de la Ley.

La aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquélla ha tomado lugar. No obstante ello, en materia de defensa de la libre competencia, el ámbito de aplicación territorial se define por lo general en función a la denominada "teoría de los efectos", recogida en el artículo 4 del Decreto Legislativo. Bajo esta teoría, la Ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos puede no circunscribirse a una determinada jurisdicción.

Considerando que el objeto jurídico protegido por la legislación de defensa de la competencia es el correcto funcionamiento del proceso competitivo, el test de los efectos permite reprimir precisamente aquellas prácticas que afecten la competencia en el territorio nacional, aun cuando el origen de la conducta anticompetitiva se haya dado en el extranjero.

La teoría de los efectos ha sido desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, la que ha entendido que las normas *antitrust* se aplican a aquellas conductas anticompetitivas que tengan un efecto directo sobre el comercio de los Estados Unidos de América³³. El test de los efectos fue recogido expresamente en la legislación norteamericana en la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*³⁴.

Primacía de la realidad

Una importante incorporación es la recogida en el artículo 5 del Decreto Legislativo, que consagra la regla de la Primacía de la Realidad, en virtud de la cual la autoridad de competencia deberá atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, con independencia de las formas que adopten determinados actos jurídicos utilizados por los contratantes.

En efecto, la referida regla ha sido acogida en otras áreas de nuestro ordenamiento jurídico, como el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo, donde ante "*una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello*"³⁵.

En consecuencia, al analizar los distintos mercados y los actos supuestamente competitivos, la agencia de competencia debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos, contratos o incluso disposiciones normativas, en aplicación del principio de verdad material que debe guiar la actuación de la autoridad administrativa³⁶.

³³ STANGER, Andrew. *Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties alter Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche, Ltd.*, en: *Bringham Young University Law Review*, Vol. 2003, Iss. 4, Provo, 2003, p. 1458.

³⁴ The Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA), 15 U.S.C. §6, emitida en 1982.

³⁵ NEVES, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pág. 36.

³⁶ Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La autoridad de competencia, al analizar las transacciones realizadas por los agentes económicos, deberá dar prioridad en su análisis a los efectos económicos de dichas transacciones, y no tanto a las formas jurídicas utilizada por aquéllos, pues éstas pueden ser engañosas.

2. Mercado relevante y posición de dominio

Mercado relevante

Una importante novedad del Decreto Legislativo es la inclusión en el artículo 6 de una definición del concepto de "mercado relevante", lo que representa una mejora en la identificación de cuáles son los conceptos y criterios bajo los cuales la autoridad de competencia evaluará las prácticas anticompetitivas, otorgando con ello mayor seguridad jurídica y predictibilidad.

Siendo la definición del mercado relevante, dentro de la metodología de análisis de conductas anticompetitivas, una etapa de importancia clave³⁷, se ha considerado necesario que el Decreto Legislativo establezca cuál es el concepto de "mercado relevante" y cuáles los principales criterios que la autoridad evaluará para definirlo. A través del establecimiento de dicho concepto y de los mencionados criterios se generará un conocimiento más preciso por parte de los administrados con relación a aspectos de singular importancia en la evaluación de las controversias de competencia, generando, a su vez, una mayor predictibilidad en la evaluación de conductas anticompetitivas por parte de la agencia de competencia.

Que la definición del concepto en cuestión y sus criterios de análisis se encuentren contenidos en el Decreto Legislativo sirve además para dejar en claro un concepto también fundamental en el análisis de prácticas anticompetitivas como es el concepto de "posición de dominio" contenido en el artículo 7. Ciertamente, la posición de dominio de una empresa únicamente se puede evaluar en relación al mercado relevante en donde dicha empresa se desempeña, de ahí que el artículo 7 del Decreto Legislativo haga referencia a un agente económico que goza de posición de dominio "en un mercado relevante".³⁸

La definición de mercado relevante contenida en el Decreto Legislativo, esto es, que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico, es acorde con la definición utilizada a nivel internacional por las agencias de competencia. De similar manera, los criterios bajo los cuáles la autoridad definirá los límites del mercado relevante, contenidos en el Decreto Legislativo, son criterios generalmente aceptados por la normativa, doctrina y jurisprudencia internacional.³⁹

³⁷ En el análisis de abuso de posición de dominio la definición del mercado relevante es necesaria, puesto que será en función de ese mercado relevante previamente definido que se podrá determinar la tenencia de posición de dominio y la existencia de un abuso de tal posición. En el análisis de prácticas colusorias, la definición de mercado relevante no carece de sentido, pues en virtud a ella se podrá evaluar aspectos tales como, la factibilidad de la celebración de un acuerdo, el sostenimiento de la conducta a lo largo del tiempo y su impacto sobre el bienestar.

³⁸ Adicionalmente, en relación a la importancia de incluir en el Decreto Legislativo la definición señalada, cabe hacer referencia a que la UNCTAD ha visto conveniente también incluir en su Ley Tipo de Defensa de la Competencia, en el capítulo correspondiente a definiciones, la definición del concepto de mercado relevante y los criterios en base a los que se determina. Ver: UNCTAD. Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Nueva York y Ginebra. 2007. Pág. 3.

³⁹ Ver por todos:

En efecto, la definición del mercado de producto sobre la base de un análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda; y la definición del mercado geográfico sobre la base de los costos y barreras al comercio que influyen en la posibilidad de abastecimiento desde zonas geográficas distintas, encuentran asidero en los propios lineamientos estadounidenses y comunitarios antes referidos. A nivel de descripción de tales criterios en leyes de competencia, la Ley Federal de Competencia Económica de México es un buen ejemplo, ya que contiene un artículo que establece que son criterios para la determinación del mercado relevante, entre otros: las posibilidades de sustitución del bien considerando las posibilidades tecnológicas; y, los costos de distribución del bien desde otras regiones teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias.

Posición de dominio

El numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Legislativo introduce una definición de posición de dominio en función de la posibilidad de los agentes de restringir, afectar o distorsionar sustancialmente la oferta o demanda de bienes o servicios, sin que otros agentes puedan disciplinar su comportamiento. Dicha definición mantiene el supuesto de un actuar independiente del dominante contenido en el artículo 4 del DL 701, pero mejora el concepto al hacer referencia directa a que dicha capacidad o posibilidad está referida a restringir, afectar o distorsionar la competencia en los mercados.

De similar forma, en cuanto a los factores que podrían otorgar posición de dominio a determinado agente, el Decreto Legislativo replica el listado contenido en el artículo 4 del DL 701, mejorando la redacción de algunos supuestos. Se incluyen en el listado el literal e) del numeral 7.1 que está referido a la existencia de barreras a la entrada, las que pueden ser de naturaleza legal, económica o estratégica, y que constituyen factores que suelen disuadir el ingreso de competidores potenciales; y, el literal f) del numeral 7.1 referido a la evaluación que debe hacer la autoridad en relación a terceros agentes que interactúan en el mercado con el agente investigado (proveedores, clientes o competidores) y que pueden disciplinar su comportamiento.

Por su parte, el numeral 7.2 del artículo 7 del Decreto Legislativo destaca que ostentar posición de dominio no configura un ilícito, debido a que lo que se sanciona como práctica anticompetitiva es el abuso de posición dominante y no la tenencia de dicha posición. Ciertamente, la tenencia de posición de dominio podría ser el resultado de la propia competencia en base a méritos, es decir, de la mera eficiencia del agente y, por ende, carece de sentido sancionarla. Las conductas reñidas con la competencia en méritos, es decir, no basadas en eficiencias, y que tienen por objeto o efecto excluir a los competidores en base a la capacidad del dominante de afectar el mercado, son las que resultan sancionables de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo.

Horizontal Merger Guidelines. U. S. Department of Justice y Federal Trade Commission. 1992. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm> (visitada el 22 de abril de 2008).

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Unión Europea. *Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013*. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML) (visitada el 22 de abril de 2008).

Como se puede apreciar, el Decreto Legislativo contiene mejoras y precisiones a la definición de posición de dominio de la norma anterior, lo que redundará en una mejor aplicación de las normas de libre competencia.

3. De las conductas prohibidas

Prohibición absoluta

Dentro del conjunto de conductas anticompetitivas existen algunas modalidades de infracción que son consideradas por diversos ordenamientos jurídicos como inherentemente anticompetitivas. Para aquellos casos, dichos ordenamientos prevén la verificación de la realización de la conducta como elemento suficiente para determinar la existencia de infracción, lo que se recoge en el artículo 8 del Decreto Legislativo como una "prohibición absoluta", representando una regla clara de prohibición respecto de conductas profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular. Esta regla es conocida a nivel mundial como la regla *per se*.

La sanción de una conducta en base a su sola existencia (*per se* ilegal) no es algo inusual en el marco normativo nacional. Se pueden citar, como ejemplos, las infracciones administrativas a la normativa de tránsito y seguridad vial⁴⁰, supuestos en los cuales las autoridades respectivas dispondrán las sanciones previstas sin entrar a considerar los efectos de las conductas.

Al lidiar con conductas que no poseen ningún efecto positivo sobre la competencia, el Decreto Legislativo prefiere tener para ellas un tratamiento de prohibición absoluta, dado que bajo dicho esquema se generan diversos beneficios para la sociedad, tales como:

- (i) La regla *per se* posee carácter lógico al perseguir prácticas que, de acuerdo a sus características y a la experiencia jurisprudencial, únicamente tienen como objeto o efecto restringir la competencia, causando perjuicios a los consumidores.
- (ii) Resulta una regla clara de alta predictibilidad y certeza jurídica, producto de la limitación de la discrecionalidad de las autoridades encargadas de su aplicación.⁴¹
- (iii) Constituye una guía clara para los comportamientos empresariales y de los ejecutivos. Genera certidumbre sobre las prácticas prohibidas, disuadiendo directamente la comisión de comportamientos claramente anticompetitivos. Dicho efecto disuasivo se podría diluir si se utilizan metodologías de análisis más complejas y que demandan a la autoridad un mayor tiempo de análisis.
- (iv) Es de fácil administración y representa un ahorro de recursos (menores costos) para la autoridad de competencia y el sistema judicial en general.

⁴⁰ El Reglamento Nacional de Tránsito aprobado mediante Decreto Supremo 033-2001-MTC del 24 de julio de 2001, considera como infracción aquella consistente en cruzar una intersección ante un semáforo en luz roja. Dicha infracción resulta sancionable únicamente con la verificación de su existencia, independientemente de si se generó una colisión o un atropello, es decir, independientemente de si existieron o no efectos.

⁴¹ International Competition Network (ICN). *Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective institutions. Effective Penalties*. ICN Working Group on Cartels. 4th Conference Bonn – Germany, 6-8 de junio de 2005. Pág. 14.

Resulta innecesario que las autoridades inviertan en complejas y costosas investigaciones respecto de conductas que improbablemente tendrán una justificación o demostrarán efectos beneficiosos para el interés económico general. Al ser una regla menos intensiva en el uso de recursos, éstos pueden ser destinados a aumentar el número de investigaciones o profundizar en el análisis de otros procedimientos en donde los efectos sobre la competencia no sean tan evidentes. Adicionalmente, la tenencia de reglas claras y menos costosas resulta de singular importancia para países en desarrollo⁴².

- (v) Representa un ahorro de costos para los denunciantes, reduciendo los gastos necesarios para sostener un procedimiento ante las autoridades de competencia, en particular, para demostrar actuales o probables efectos anticompetitivos.

El tratamiento de prohibición absoluta o regla *per se* respecto de determinadas conductas se contrapone a un tratamiento de prohibición relativa o regla de la razón. En el primer caso, como se ha señalado, basta la comprobación de la existencia de la conducta para declarar la infracción, no siendo necesaria la evaluación de la intención de los agentes que la implementan, justificaciones, causas o sus efectos sobre la competencia y los consumidores. En el segundo caso, sin embargo, la autoridad de competencia evaluará las justificaciones y efectos (reales y potenciales) económicos de las prácticas analizadas. Bajo esta regla la autoridad deberá sopesar, de existir, los efectos pro-competitivos y anticompetitivos de la práctica. La determinación de la ilegalidad de la práctica provendrá de un análisis razonable de su efecto neto⁴³.

Prohibición relativa

Así como algunas conductas tienen un carácter inherentemente anticompetitivo y merecen un tratamiento de prohibición absoluta bajo la regla *per se*, existen otras cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores no es necesariamente negativo y, por el contrario, se pueden justificar por razones de eficiencia, por lo que deben ser analizadas bajo la regla de la razón.

A aquellas conductas que pueden tener tanto efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón⁴⁴. En similar sentido, el Decreto Legislativo establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso en que dicho efecto sea negativo —porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos—, la conducta será considerada una infracción.

Al hablar de “efecto de la conducta” no se está haciendo referencia necesariamente a efectos concretos, puesto que se evaluará también la

⁴² OECD. *Fighting Hard Core Cartels in Latin America and the Caribbean*. 2005. Pág. 11. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/4/1/26/38835329.pdf> (visitada el 9 de abril de 2008).

⁴³ Khemani, R.D. y D.M. Shapiro. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. OECD. 1993. Págs. 77-78.

⁴⁴ Ver, por ejemplo: Ley Federal de Competencia Económica de México.

potencialidad de la conducta para generar un daño. De ahí que se incluya en el artículo 9 del Decreto Legislativo la posibilidad de probar que la conducta "podría tener" efectos negativos⁴⁵.

Si bien la probanza de la existencia de la conducta y de sus efectos nocivos recae sobre la autoridad, los agentes económicos investigados tienen la posibilidad de señalar cuáles son los efectos positivos (actuales o potenciales) de su conducta, con objeto de demostrar que su efecto neto es positivo y, por ende, que no constituye una infracción.

Así las cosas, ante conductas que pueden representar perjuicios para la competencia y los consumidores y, a su vez, ganancias en eficiencia (p.e. a través de procesos productivos menos costosos o innovación), el Decreto Legislativo establece una prohibición relativa que permite evaluar cuál es el efecto neto de la conducta investigada.

Son ejemplos de conductas que la jurisprudencia internacional considera bajo una prohibición relativa: las negativas de trato, las ventas atadas, los contratos de exclusividad, entre otros⁴⁶.

Abuso de posición de dominio

El numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Legislativo representa también una mejora respecto de la norma equivalente contenida en el DL 701. Se ha precisado la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio, puntualizándose que son aquellas que afectan el proceso competitivo restringiendo la competencia, de ahí que los agentes perjudicados son competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Por ende, toda conducta de abuso de posición de dominio, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo, tendrá un efecto exclusorio⁴⁷. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores guarda directa relación con la finalidad del Decreto Legislativo contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica.

El numeral 2 del artículo 10 contiene un listado de conductas que constituyen supuestos de prácticas de abuso de posición de dominio. Dicho listado replica el contenido del artículo 5 del DL 701 referido también a ejemplos de tales conductas, a saber, negativas de trato (literal a), discriminaciones (literal b) y ventas atadas (literal c), mejorando la redacción de dichos supuestos. Como novedad en el Decreto Legislativo, el artículo en mención incluye ejemplos adicionales de prácticas de abuso de posición de dominio. Estos nuevos ejemplos están referidos a conductas incluidas en otras importantes normas de

⁴⁵ De acuerdo a la Resolución N° 276-97-TDC que discute la aplicación de la regla de la razón para prácticas colusorias:

El análisis de razonabilidad (...) está dirigido a establecer si la práctica es o no idónea para dañar la competencia, es decir si, de realizarse la práctica, ésta generaría más perjuicios que beneficios.

⁴⁶ Hovenkamp destaca que las prácticas exclusorias unilaterales (abuso de posición de dominio) son generalmente analizadas bajo la regla de la razón. Hebert Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Second Edition. 1999. Pág. 275.

⁴⁷ En un pronunciamiento reciente, la Comisión ha establecido la necesidad de un efecto exclusorio en las conductas de abuso de posición de dominio para considerarlas como infracciones al DL 701, ver: Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007.

libre competencia a nivel internacional, sobre las cuales se ha desarrollado amplia doctrina y jurisprudencia, así como a situaciones que se han presentado en algunos casos sobre los que la Comisión y el Tribunal se han abocado en los años de aplicación del DL 701.

El literal d) está referido a la obstaculización de acceso a una asociación u organización de intermediación necesaria para competir efectivamente. Dentro de la experiencia del INDECOPI, se puede citar como ejemplo de esta modalidad de abuso el caso iniciado por denuncia de los señores Bergerman Acosta y Barboza Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita⁴⁸.

El literal e) está referido a la celebración de contratos de exclusividad. Dentro de la experiencia del Indecopi, se puede citar como ejemplos los casos (i) Tele Cable S.A. vs. Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc⁴⁹; y (ii) Asociación Peruana de Operadores Portuarios vs. Pilot Station S.A. y otros⁵⁰.

El literal f) está referido a la interposición de acciones judiciales y administrativas con fines anticompetitivos. Dentro de la experiencia del INDECOPI, se puede citar como ejemplo también el caso de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios vs. Pilot Station S.A.⁵¹ Cabe precisar respecto de esta modalidad de abuso de posición de dominio que ésta se manifiesta a través de un abuso de los derechos de petición o acción ante autoridades administrativas o judiciales. A nivel internacional, el derecho de la libre competencia estadounidense ha consagrado al respecto la denominada doctrina de la "Sham exception"⁵², que permite sancionar como una práctica anticompetitiva el ejercicio irregular de los derechos antes referidos cuando tengan una finalidad de eliminar del mercado a los competidores. Asimismo, a nivel de la Unión Europea también existen antecedentes de abusos de posición de dominio bajo la modalidad descrita en el literal f) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo⁵³.

El literal g) está referido a incitar a terceros a que en sus transacciones comerciales regulares se abstengan de transar, en general, con competidores del dominante. Este supuesto se ha incluido en el Decreto Legislativo teniendo en

⁴⁸ Resolución N° 002-1999-CLC del 19 de marzo de 1999 que sancionó el abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de acceso al mercado de Santa Anita (principal centro de distribución de arroz). La mencionada resolución fue confirmada por el Tribunal mediante Resolución N° 0216-1999/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 1999.

⁴⁹ Procedimiento por presunto abuso de posición de dominio en la provisión exclusiva de señales para su distribución mediante televisión por cable, denuncia que fue declarada infundada mediante Resolución N° 005-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003.

⁵⁰ Procedimiento por abuso de posición de dominio bajo diversas modalidades entre las que se encontraba una política de celebración de contratos de exclusividad con prácticos marítimos. Este caso fue declarado fundado por la Comisión mediante Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005 confirmada mediante Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI del Tribunal del Indecopi del 22 de marzo de 2007.

⁵¹ Una de las modalidades que eran expresión del abuso de posición de dominio de Pilot Station S.A. fue la interposición de acciones judiciales y administrativas con la finalidad de impedir que los prácticos marítimos que renunciaron a la empresa puedan prestar servicios a través de empresas competidoras, excluyéndolos del mercado y/o elevando sus costos de concurrencia a éste.

⁵² Desarrollada en el caso California Transport v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972).

⁵³ Decisión de la Comisión Europea en el Asunto IV/M.35.268, ITT Promedia NV (1996) confirmada por el Tribunal de Primera Instancia (T-111/96, 1998).

consideración su presencia en la Decisión 608, norma supranacional de competencia aplicable para el Perú y el resto países de la Comunidad Andina.

Con esta mayor cantidad y mejor detalle de modalidades de abuso de posición de dominio tipificadas de manera enunciativa en el artículo 10, el Decreto Legislativo busca resaltar la amplia gama de prácticas que pueden constituir un abuso de posición de dominio, poniendo de manifiesto aquellas que son ampliamente conocidas en el ámbito internacional o sobre las cuales la Comisión y el Tribunal cuentan ya con amplia experiencia en su análisis, de tal manera que se gane en predictibilidad de la aplicación de la norma.

Asimismo, al describir las características esenciales de la infracción, la tipificación de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio—incluyendo la cláusula general del literal i) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo— se ajusta a las exigencias del principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 27444 y resulta conforme a las tendencias del moderno derecho administrativo sancionador⁵⁴.

De otro lado, el Decreto Legislativo establece claramente en el numeral 10.3 del artículo 10 que la Ley se aplicará incluso cuando la posición de dominio de un agente provenga del marco legal en el cual desarrolla actividades. La precisión contenida en el artículo mencionado guarda concordancia con el artículo 7, en cuanto éste contempla a las barreras legales como un factor que puede dotar de posición de dominio a los agentes. La intención del Decreto Legislativo al incluir la disposición bajo comentario es evitar que por una lectura errónea de la norma se considere que aquellas posiciones dominantes emanadas de los marcos legales exceptúan a quienes las ostentan de la aplicación de la ley de competencia. Ello sería un grave error puesto que de la propia experiencia internacional⁵⁵ y nacional se verifica que son precisamente aquellos dominantes que no pueden ser desafiados por competencia potencial, por estar protegidos por marcos normativos que dificultan el ingreso al mercado (el caso extremo son los monopolios legales), los que se convierten en agentes proclives a abusar de su posición de dominio.

Por su parte, el numeral 10.4 del artículo 10 destaca que las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas, lo que es acorde con la práctica jurisprudencial internacional más difundida. En efecto, como se ha visto anteriormente, la prohibición absoluta sólo recae sobre determinadas conductas inherentemente anticompetitivas, para nuestro Proyecto, las cuatro modalidades contenidas en el numeral 11.2 del artículo 11; mientras que al resto de conductas (otras prácticas colusorias y la totalidad de conductas de abuso de posición de dominio) se les da un tratamiento de prohibición relativa ante la posibilidad de que encuentren justificación en términos de eficiencia o aspectos procompetitivos.

Finalmente, el numeral 10.5 del artículo 10 destaca un aspecto de suma importancia al señalar que no se considera un abuso de posición de dominio el sólo uso de dicha posición. Lo aquí contemplado guarda directa relación con lo establecido en el numeral 10.1 del artículo 10 con relación al carácter exclusivo

⁵⁴ Al respecto, ver: NIETO, ALEJANDRO. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos S.A. Segunda Edición. Madrid. 2000. Pág. 293.

⁵⁵ Al respecto, ver en el caso español: Numeral 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

de la totalidad de conductas de posición de dominio. Ciertamente, la exclusión de competidores a través de medios distintos a la competencia basada en méritos es lo que constituye un abuso de posición de dominio. Por el contrario, la existencia de una posición de dominio y el uso de dicha posición, por ejemplo, a través del establecimiento de los precios de la empresa en el nivel que maximiza sus beneficios, no constituye un abuso de posición de dominio sino únicamente un ejercicio de poder de mercado que carecerá de carácter dañino para el proceso competitivo⁵⁶.

Prácticas colusorias horizontales

En el numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto Legislativo se define qué se entiende por prácticas colusorias horizontales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos, a saber, acuerdos (convenios demostrados mediante pruebas directas), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directivas con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas (convenios demostrados mediante indicios y presunciones).

El mismo numeral posee un listado de las modalidades de prácticas colusorias. Dicho listado replica aquel contenido en el artículo 6 del DL 701 referido también a ejemplos de prácticas colusorias, mejorando la redacción de algunos supuestos. Son casos nuevos que se incluyen en el listado los literales (h) e (i), referidos a conductas vinculadas a situaciones relativamente comunes (la participación de un agente económico en una asociación u organización de intermediación y la celebración de contratos de exclusividad).

El numeral 11.2 del artículo 11 establece aquellas prácticas colusorias horizontales que serán tratadas bajo la prohibición absoluta definida en el artículo 8. Las modalidades de prácticas colusorias sujetas a una prohibición absoluta bajo el Decreto Legislativo son aquellas conductas reconocidas internacionalmente como inherentemente anticompetitivas⁵⁷. En efecto, foros como la OECD han identificado a las concertaciones de precios, restricciones de oferta, asignación de territorios o clientes y colusión en licitaciones como las conductas más claramente anticompetitivas y dañinas. Sobre dichas conductas —denominadas en conjunto *Hard Core Cartels*— la OECD promueve⁵⁸, y ha conseguido de parte de sus miembros⁵⁹, una activa lucha en su contra, la que ha incluido el incremento de las investigaciones, la elevación de las sanciones pecuniarias máximas, el desarrollo de programas de exoneración de responsabilidad (*leniency programmes*), el incremento de las facultades de la

⁵⁶ Ver al respecto: Resolución Nº 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007 (Asociación de Agencias de Turismo del Cusco vs. Consettur Machupicchu S.A.C.). Pág. 11.

⁵⁷ Consideradas altamente nocivas para la competencia y los mercados por permitir a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, de manera tal que redundan en menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de las mismas. En resumen, dichas conductas generan una pérdida de bienestar para la sociedad.

⁵⁸ Esfuerzo iniciado en 1998 a través del documento "Recomendación del Concilio Concerniente a la Efectiva Acción Contra los Hard Core Cartels". Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf> (visitada el 9 de abril de 2008).

⁵⁹ Los miembros de la OECD incluyen a Australia, Austria, Brasil, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Lituania, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, República Eslovaca, España, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos de América.

agencia de competencia para obtener medios probatorios, entre otros.⁶⁰

Respecto de los *Hard Core Cartels*, importante legislación y jurisprudencia internacional ha previsto un tratamiento de prohibición absoluta para las conductas señaladas^{61, 62}. Considerando los efectos nocivos para la competencia y los consumidores derivados de tales conductas y los aspectos positivos de tener una regla clara y predecible en su prohibición, es que el Decreto Legislativo propone la implementación de una prohibición absoluta para las conductas listadas en el numeral 11.2 del artículo 11.

Los efectos nocivos para la competencia y los consumidores son similares en las cuatro modalidades de prácticas colusorias mencionadas. Las restricciones de oferta devienen en incrementos de precios; la asignación de clientes o territorios, de tal manera que los concertadores se comprometen a no competir ante tales clientes o en dichos territorios, permite que funcionen como monopolios respecto a parte del mercado, lo que a su vez redundaría en mayores precios y menor cantidad ofertada⁶³. Por su parte, las licitaciones colusorias permiten también el ejercicio de poder de mercado de uno o más agentes económicos, teniendo como agravante que la práctica anticompetitiva se da precisamente en procesos que buscan promover la competencia y, muchas veces, afectando adquisiciones estatales y el gasto público^{64, 65}.

Finalmente, cabe resaltar que la prohibición absoluta de las conductas señaladas está referida únicamente a prácticas colusorias horizontales inter-marca, puesto que será en la competencia entre productos o servicios de distintos agentes económicos donde resultarán directamente nocivas e injustificadas las prácticas colusorias. Asimismo, no estarán sujetas a la prohibición absoluta aquellas conductas que resultan complementarias o accesorias a otros acuerdos que sí pueden redundar en ganancias de eficiencia y beneficios para la sociedad, sujetándose estos últimos a una prohibición relativa por sus potenciales efectos positivos.

⁶⁰ Otro importante foro en materia de libre competencia, la ICN, también ha identificado como "Hard Core Cartels" a la fijación de precios, restricciones de oferta, asignación de mercados y licitaciones colusorias. ICN. Op. Cit. Pág. 10.

⁶¹ Se encuentran prohibiciones *per se* (absolutas) respecto a conductas de concertación de precios, restricciones de oferta, asignación de territorios o clientes y colusión en licitaciones en la normativa o jurisprudencia de países como: Estados Unidos, México, Costa Rica y Panamá. Ver: *Fighting Hard Core Cartels in Latin America and The Caribbean*. OECD. Op. Cit. Pág. 10.

La UNCTAD ha referido que, además de Estados Unidos, varios países han modificado recientemente su legislación para prohibir la fijación de precios y las licitaciones colusorias por considerarlas intrínsecamente ilegales. UNCTAD. Op. Cit. Pág. 84.

⁶² Cabe referir que en el Perú, mediante Resolución 276-97-TDC, publicada el 27 de noviembre de 1997, el Tribunal estableció como Precedente de Observancia Obligatoria que las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción debían sancionarse de acuerdo a la regla 'per se'. El mencionado precedente fue dejado sin efecto mediante Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, publicada el 12 de julio de 2003, que estableció un nuevo Precedente de Observancia Obligatoria que señaló que las prácticas colusorias gozaban de una presunción de ilegalidad que requería de la ejecución de la conducta en el mercado y otorgaba a los investigados la posibilidad de acogerse a las exenciones establecidas en el mismo precedente para acreditar la legalidad de la conducta, modelo similar al establecido en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

⁶³ Kaplow Louis y Carl Shapiro. *Antitrust*. NBER. 2007. Pág. 23. Disponible en: www.nber.org/papers/w12867 (visitada el 18 de abril de 2008).

⁶⁴ UNCTAD. Op. Cit. Pág. 27.

⁶⁵ A favor de la implementación de una prohibición absoluta de la totalidad de dichas modalidades se puede señalar también la opinión de la ICN. Op. Cit. Pág. 14.

Como se puede apreciar, el Decreto Legislativo introduce en nuestra legislación de competencia un enfoque realista de prohibición absoluta de aquellas conductas anticompetitivas respecto de las que existe amplio consenso internacional sobre su ilicitud debido a su carácter inherentemente perjudicial sobre la competencia y los consumidores.

Prácticas colusorias verticales

Un aspecto novedoso del Decreto Legislativo es la separación entre prácticas colusorias horizontales (artículo 11) y prácticas colusorias verticales (artículo 12). A diferencia del artículo 6 del DL 701 que incluía en un único artículo ambos tipos de conductas, en el Decreto Legislativo se ha preferido desagregar su tratamiento, lo que permite establecer criterios de evaluación particulares para cada uno de los supuestos. Así, por ejemplo, mientras en el numeral 11.2 del artículo 11 se establecen las conductas que merecen un tratamiento de prohibición absoluta, supuesto aplicable únicamente a determinadas prácticas horizontales; en el numeral 12.3 del artículo 12 se establece una exigencia que vincula la presencia de un agente dominante a la configuración de una práctica colusoria, situación reservada para las prácticas verticales.

En el numeral 12.1 del artículo 12 del Decreto Legislativo se define qué se entiende por prácticas colusorias verticales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos, a saber, los mismos tipos contenidos en el numeral 11.1 del artículo 11, con la diferencia que en el presente caso la vinculación entre las empresas es vertical. Tales tipos son: acuerdos (convenios demostrados mediante pruebas directas), decisiones (directivas con carácter vinculante), recomendaciones (directivas con carácter de orientación) y prácticas concertadas (convenios demostrados mediante indicios y presunciones).

El numeral 12.2 del artículo 12 establece que las conductas colusorias verticales pueden tomar la forma de las prácticas contenidas de manera enunciativa en los numerales 10.2 del artículo 10 (modalidades de abuso de posición de dominio) y 11.1 del artículo 11 (modalidades de prácticas colusorias horizontales). En efecto, las prácticas colusorias verticales podrían, por ejemplo, manifestarse a través de negativas de trato o contratos de exclusividad. Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquélla. Si, por el contrario, la restricción vertical es producto de una imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio⁶⁶.

Con la intención de que la autoridad se aboque a conocer únicamente aquellas prácticas verticales que pueden tener un impacto nocivo sobre la competencia y los consumidores, el Decreto Legislativo incorpora en el numeral 12.3 del artículo

⁶⁶ Criterio recogido en la Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. en contra de Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. (Expediente N° 003-2003/CLC). Al respecto, la Comisión señaló:

(...), en caso quien goce de posición de dominio haya impuesto a la otra parte una decisión sobre precios o condiciones de comercialización, estaremos frente a una conducta unilateral, que deberá ser conocida como abuso de posición de dominio.

12 un requisito para la investigación de prácticas colusorias verticales, en el sentido de exigir que al menos una de las partes involucradas tenga posición de dominio. La práctica en la aplicación de la prohibición de conductas colusorias verticales en el Perú (bajo el actual artículo 6 del DL 701) ya ha determinado la exigencia de la presencia de un agente dominante para que la conducta vertical investigada sea sancionable^{67, 68}.

Por su parte, el numeral 12.4 del artículo 12 destaca que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas, lo que es acorde con la práctica jurisprudencial internacional más difundida y encuentra asidero en el hecho de que estas conductas se pueden justificar en términos de eficiencia o aspectos procompetitivos.

Como se aprecia, el Decreto Legislativo establece un tratamiento específico para los casos de prácticas colusorias verticales que dota de mayor seguridad jurídica y predictibilidad a la aplicación de las normas de libre competencia. Asimismo, el Decreto Legislativo procura un estándar adecuado (el requisito de posición de dominio de una de las partes) para que sean aquellos casos que pueden afectar la competencia y los consumidores lo que sean analizados por la autoridad de competencia.

4. Las autoridades de defensa de la competencia

La Comisión y la Secretaría Técnica

El Decreto Legislativo ha dedicado el Título IV a desarrollar con mayor detalle una serie de reglas relacionadas con las autoridades de defensa de la libre competencia, ampliando sustancialmente el tratamiento establecido en el DL 701, la Ley 27444 y la normativa supletoria que se ha venido utilizando para regular sus labores (p.e. el DL 807).

A través de los artículos 13 al 15 del Decreto Legislativo se ha diferenciado con mayor precisión las facultades y atribuciones asignadas al órgano resolutorio —es decir, la Comisión—, de aquellas otorgadas al órgano instructor, entendiéndose

⁶⁷ En efecto, la Comisión señaló:

La declaración de ilegalidad de una práctica colusoria vertical en la modalidad de contrato de exclusividad requiere dos elementos: (i) la ocurrencia de un acuerdo de exclusividad entre dos o más empresas independientes entre sí ubicadas en distintos niveles de la cadena comercial; y, (ii) la generación – real o potencial – de un efecto excluyente en los competidores ubicados en el mercado afectado; para lo cual se requiere que al menos una de las dos partes involucradas tenga posición de dominio.

(el subrayado es nuestro)

(Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC. Pág. 13.)

⁶⁸ De similar forma, en el ámbito comunitario europeo las restricciones verticales plantean problemas de competencia si las empresas investigadas cuentan con cierto nivel de poder de mercado. Sin embargo, cabe señalar que en dicha jurisdicción el estándar sería incluso menos exigente que el planteado por el Decreto Legislativo, dado que se requiere un grado de poder de mercado que no determina posición de dominio.

La mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos. (...) Es posible que las empresas tengan un poder de mercado inferior al nivel de posición dominante en el mismo, que es el umbral para que se aplique el artículo 82 [correspondiente a abuso de posición de dominio].

por este último a su Secretaría Técnica. La finalidad es establecer en el marco del procedimiento sancionador, la independencia e imparcialidad del órgano que decide la controversia respecto de aquél que se encargará de instruir y sustentar los cargos que sostienen la imputación contra los investigados. Por ello, esta división funcional entre ambos órganos es considerada como una de las características esenciales que debería regir el procedimiento sancionador, conforme lo establecen las normas generales recogidas en la Ley 27444.^{69, 70}

Esta separación de roles es una manifestación del principio acusatorio que rige en el derecho procesal penal y que establece que no ha de ser la misma persona quien realice las funciones de investigación y posteriormente de decisión⁷¹. Este modelo ha sido recogido en el Nuevo Código Procesal Penal⁷², donde la función persecutoria —de investigación y acusación— se encuentra en el Ministerio Público, autoridad distinta al juez que decide.^{73, 74}

Por otro lado, a través del Decreto Legislativo se pretende fortalecer las atribuciones de la Comisión y de la Secretaría Técnica, así como consignarlas en un mismo cuerpo legal, pues actualmente aquellas se encuentran recogidas en diversos dispositivos.⁷⁵

La Comisión, como órgano resolutorio, mantiene entre sus funciones la de declarar la existencia de la conducta anticompetitiva e imponer las sanciones correspondientes⁷⁶, dictar medidas cautelares⁷⁷ y expedir lineamientos que

⁶⁹ Ver: Numeral 1 del Artículo 234 de la Ley 27444.

⁷⁰ Sobre la importancia del desdoblamiento en fase de instrucción y de sanción del procedimiento y la separación de órganos en cada una de ellas, Morón señala, al comentar el modelo establecido en la Ley 27444, que para que el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionadores mantenga la debida imparcialidad, la actividad de instrucción debe quedar separada de la función de decisión, y esta separación no sólo debe ser funcional sino también orgánica. Por tanto, el procedimiento administrativo sancionador debe contar con dos etapas, una encaminada a averiguar los hechos y a dejar constancia de la conducta presuntamente infractora; y la otra destinada a juzgar formalmente esa conducta, aplicar la sanción correspondiente o absolver al investigado. El conocimiento de ambas etapas debe estar a cargo de órganos distintos, por lo que no puede coincidir la actividad instructora y la de decisión en un mismo órgano. (En: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Quinta Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006. Págs. 646 -647)

⁷¹ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2003. Págs. 124 – 125.

⁷² Aprobado mediante el Decreto Legislativo 957, publicado el 29 de julio de 2004.

⁷³ SAN MARTIN CASTRO, César. Op.Cit. Pág. 125.

⁷⁴ De igual manera, el modelo que introduce el Decreto Legislativo es similar al recogido recientemente en España con la entrada en vigencia de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia, del 3 de julio de 2007. En esta ley, también con la finalidad de establecer la independencia entre las funciones de instrucción y resolución, dentro de la estructura de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), es la Dirección de Investigaciones de la CNC la encargada de iniciar e instruir el procedimiento, mientras el Consejo de la CNC es el órgano colegiado que se encarga de la función resolutoria (Ver: Preámbulo y artículos 34 y 35 de la Ley 15/2007). De manera análoga, la estructura del procedimiento por infracción a las normas de libre competencia en Chile obedece a una separación entre Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, siendo que se trata de dos organismos independientes a cargo de la investigación y la resolución, respectivamente (Ver: Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973).

⁷⁵ DL 701, DL 807, DL 25868 y el Reglamento.

⁷⁶ Literal b) del artículo 19 del DL 25868, así como los literales a) y d) del artículo 38 del Reglamento, aplicables a todas las Comisiones del INDECOPI.

⁷⁷ Artículo 21 del DL 701 y de manera general para todas las Comisiones del INDECOPI en el artículo 10 del DL 807 y en el literal c) del artículo 38 del Reglamento.

orienten a los agentes sobre la interpretación de las normas de libre competencia⁷⁸.

Es importante resaltar dentro de las atribuciones conferidas a la Comisión, aquella que la faculta para dictar medidas correctivas que permitan restablecer la competencia en aquellos mercados afectados con una práctica anticompetitiva⁷⁹. Ello se sustenta en el hecho de que, en su misión tuitiva de la libre competencia, la Comisión requiere contar no sólo con la potestad sancionadora, sino también con la potestad de remover o eliminar aquellas conductas que distorsionen la libre competencia (ejercicio de la potestad de policía de la Administración Pública).

No cabe duda de que la labor de la autoridad en los casos de libre competencia no es sólo punitiva, sino que tiene como objetivo principal restablecer y procurar que exista competencia efectiva entre los agentes económicos que participan en el mercado. De hecho, en la práctica se han presentado diversos casos en los que ha sido necesaria la imposición de mandatos que apuntaban a la remoción o cesé de las conductas que impedían la libre competencia en el mercado, por lo que resulta indispensable dicha atribución y, por tanto, su reconocimiento expreso⁸⁰.

⁷⁸ Artículo 9 del DL 807, aplicable a todas las Comisiones del INDECOPI.

⁷⁹ Al respecto, la facultad de la Comisión de dictar medidas correctivas se desprende de lo establecido en el literal b) del artículo 19 del DL 25868, aplicable a todas las Comisiones del Indecopi, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 de la misma norma y en el artículo 8 del DL 701. La atribución del Tribunal para resolver en última instancia sobre la adopción de medidas correctivas está recogida en el literal b) del artículo 13 del DL 25868.

⁸⁰ En diversas resoluciones emitidas por el INDECOPI (a través de la Comisión y el Tribunal) como por el OSIPTEL —a través de sus Cuerpos Colegiados Ordinarios y la Presidencia de su Consejo Directivo— se han establecido medidas correctivas, entre ellas:

- Resolución N° 019-94/CLC del 27 de julio de 1994, expedida en el procedimiento seguido por Comercial Holguín e Hijos S.A. contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO), en la cual, la Comisión ordenó satisfacer las demandas de compra de hojas de coca de la denunciante.
- Resolución N° 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997, expedida en el marco del procedimiento iniciado por la Empresa Difusora Radio Tele S.A. (Bell South) contra Telefónica del Perú S.A., procedimiento en el cual se dispuso obligar a la denunciante a prestar el servicio de *roaming* a los clientes de Bell South en la medida que era necesario para el desarrollo de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles.
- Resolución N° 62-2000-CCO/OSIPTEL del 21 de diciembre de 2000, expedida en el marco del procedimiento seguido por Tele Cable S.A. contra Turner Broadcasting System Latin America, Inc. y Fox Latin American Channel Inc., pronunciamiento a través del cual se deja sin efecto cláusulas de exclusividad respecto de señales de televisión por cable.
- Resolución N° 869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002, expedida en el procedimiento seguido por Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a celebrar un contrato de alquiler de postes de alumbrado eléctrico para el tendido de cables de televisión. La Sala emitió un mandato en el que se ordenó alquilar los postes a favor de la denunciante para prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo.
- Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, expedida por la Sala de Defensa de la Competencia en el marco del procedimiento seguido de oficio por la Comisión y otro contra Ferrocarril Transandino S.A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. La Sala estableció como medida correctiva el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur-Oriente; y, el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del referido Contrato de Concesión.

Otro importante aporte del Decreto Legislativo es consagrar la función de abogacía o promoción de la competencia como parte de las atribuciones de la Comisión, lo que se aprecia en el numeral 14.2 del artículo 14 del Decreto Legislativo. Mediante ésta, la Comisión podrá sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada (por ejemplo, barreras legales), la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros.⁸¹

Durante los últimos años, la abogacía de la competencia ha sido una labor inherente a las funciones de la agencia de competencia, de manera que la Comisión y la Secretaría Técnica la ejercieron mediante la emisión de informes, estudios, propuestas de modificación normativa, exhortaciones a las autoridades de la Administración Pública con la finalidad de suprimir o modificar restricciones a la competencia derivadas de su actuación, así como a través de recomendaciones de medidas que apuntaban al restablecimiento de condiciones de competencia.^{82, 83}

De otro lado, el Decreto Legislativo establece expresamente en su artículo 15 que la Secretaría Técnica es el órgano instructor, el cual se encuentra encargado de la fase de investigación del procedimiento, desarrollando con mucho mayor amplitud sus funciones en el numeral 15.2 de dicho artículo. En particular se señala que el Secretario Técnico dispone el inicio de oficio del procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas⁸⁴ y, en el caso de las denuncias de parte, determina si corresponde o no admitirlas a trámite. En el marco del procedimiento, el instructor se encargará de realizar las

⁸¹ Literal c) del artículo 13 del DL 25868 que establece de manera general que el Tribunal puede recomendar al Presidente del INDECOPI la realización de gestiones ante las autoridades pertinentes del Gobierno la adopción de medidas legales o reglamentarias que juzgue necesarias para garantizar la protección de la competencia.

⁸² Al respecto, ver: Informe Técnico N° 034-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004 y Resolución N° 070-2004-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2004, expedidos en el procedimiento seguido por denuncia de Almacenes y Logística S.A. contra Talma Menzies S.R.L., pronunciamientos mediante los cuales se insta a la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Aduanera (SUNAT) a que dentro del ámbito de sus competencias, promuevan la transparencia en la fijación de precios y facturación de los servicios prestados por los terminales de almacenamiento de origen (Expediente N° 005-2001/CLC); Informe N° 039-2006-INDECOPI/ST-CLC del 13 de diciembre de 2006 y la Resolución N° 094-2006-INDECOPI/CLC del 21 de diciembre de 2006, relativos a la abogacía de la competencia en los mercados de servicios de practicaje marítimo en el Perú; Informe Técnico N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC del 27 de julio de 2007 y la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007, expedidos en el marco del procedimiento seguido en mérito a la denuncia de la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu - Consettur Machupicchu S.A.C., pronunciamientos a través de los cuales se exhorta a la Municipalidad Distrital de Machupicchu con la finalidad de que cumpla con instaurar mecanismos de promoción de la competencia en el mercado de servicios de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ruinas Machupicchu, así como instar a la Contraloría General de la República, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo con la finalidad que implementen o recomienden medidas en el ámbito de sus competencias que permitan restaurar las condiciones de competencia en dicho tramo carretero (Expediente N° 003-2005/CLC).

⁸³ Al respecto, en el caso español, el artículo 26 de Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y el artículo 9 del Real Decreto 261/2008 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, también establecen expresamente la función de promoción de la competencia de la agencia por parte de la Comisión Nacional de la Competencia. Esta función se ejerce principalmente mediante la elaboración de informes, estudios, trabajos de investigación y propuestas, con la necesaria colaboración de los diferentes sectores económicos y organismos públicos y privados. Esto incluye informes respecto de proyectos de normas así como dirigirse a las entidades públicas para modificar o suprimir las restricciones a la competencia derivadas de su actuación.

⁸⁴ Artículo 15 del DL 701.

investigaciones pertinentes y actuar los medios probatorios necesarios con la finalidad de determinar la existencia o no de una infracción.

En el Decreto Legislativo se mantienen las facultades de dictar opinión en los procedimientos por conductas anticompetitivas una vez concluida la instrucción⁸⁵, realizar indagaciones e investigaciones preliminares⁸⁶, solicitar a la Comisión el dictado de medidas cautelares⁸⁷, canalizar el apoyo administrativo que requiera la Comisión⁸⁸, realizar estudios y publicar informes⁸⁹, y se incorpora la atribución de la Secretaría Técnica para elaborar propuestas de lineamientos sobre las materias de competencia de la Comisión.

Asimismo, como parte del fortalecimiento de las facultades de la Secretaría Técnica, se establece en el literal f) del numeral 15.2 del artículo 15 que, excepcionalmente, y con previo acuerdo de la Comisión, aquélla podrá inmovilizar documentos de las personas naturales y jurídicas investigadas por un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, tomando copia de aquellos. En caso que se requiera retirarlos del local en que se encuentren, podrán hacerlo hasta por quince (15) días hábiles, requiriendo autorización judicial para el retiro conforme al proceso especial previsto en el literal c) del numeral 15.3 del artículo 15 del Decreto Legislativo. Debido a la cuantiosa información que se puede hallar en una visita de inspección a una empresa o asociación, se ha considerado la conveniencia de extender los plazos establecidos en el DL 701⁹⁰ de dos (2) y seis (6) días hábiles para la inmovilización y el retiro de los documentos, respectivamente, y así facilitar la labor de investigación del instructor.

La abogacía o promoción de la competencia implica también la difusión de una cultura de mercado que instruya y oriente a los agentes económicos sobre los beneficios de mercados competitivos y los perjuicios en el bienestar general que producen las restricciones al proceso competitivo. En ese sentido, se ha considerado pertinente establecer como atribución de la Secretaría Técnica realizar actividades de capacitación y de difusión de la aplicación de las normas de libre competencia.

En el numeral 15.3 del artículo 15 del Decreto Legislativo se establecen las facultades de la Secretaría Técnica que resultan necesarias para el desarrollo de sus investigaciones. Estas facultades fueron anteriormente incorporadas mediante el DL 807⁹¹ y consisten en: (i) exigir la exhibición de todo tipo de documentos a las empresas o personas naturales investigadas⁹²; (ii) citar o interrogar a los testigos⁹³; (iii) realizar inspecciones con o sin previa notificación

⁸⁵ Literal a) del artículo 14 del DL 701.

⁸⁶ Literal b) del artículo 14 del DL 701.

⁸⁷ Artículo 21 del DL 701 y artículo 23 del Decreto Legislativo (Capítulo II sobre Medidas Cautelares).

⁸⁸ Literal a) del artículo 47 del DL 25868.

⁸⁹ Literal c) del Artículo 14 del DL 701.

⁹⁰ Literal b) del artículo 14 del DL 701.

⁹¹ Posteriormente modificadas por la Cuarta Disposición Final de la Ley 27146 publicada el 24 de junio de 1999.

⁹² Literal a) del artículo 2 del DL 807.

⁹³ Literal b) del artículo 2 del DL 807.

en los locales donde operan sus actividades las personas naturales o jurídicas investigadas a fin de recabar la documentación que estime pertinente^{94, 95}

Finalmente, a través del literal c) del numeral 15.3 del artículo 15 se ha fortalecido la normativa relacionada con las coordinaciones que requiere desarrollar la Secretaría Técnica con las autoridades fiscales y judiciales, a fin de desarrollar sus funciones con eficacia. En ese sentido, en caso de presentarse una negativa a la inspección en los locales o negativa para el copiado de correos electrónicos, se establece que la Secretaría Técnica podrá obtener una autorización judicial para proceder al descerraje así como para acceder a la correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos. Es así que el Decreto Legislativo incorpora un procedimiento especial para solicitar la autorización ante el Juez Penal de Turno, en el cual se ha previsto contar con la intervención facultativa de un Fiscal Provincial con la finalidad de dotar de suficientes garantías a los investigados antes y después de realizada la diligencia.

Estas facultades resultan fundamentales para que la labor de la agencia de competencia se lleve a cabo de manera eficaz y oportuna. La experiencia práctica demuestra que, en la mayoría de casos, las evidencias de prácticas colusorias son ocultadas mediante mecanismos sofisticados por parte de los infractores. Es poco probable que los agentes involucrados dejen rastros explícitos de su conducta ilícita en un acta, contrato, etc. Por tanto, para la detección de estas prácticas, la incursión de la autoridad en los locales de las empresas investigadas o el acceso a las comunicaciones cursadas entre competidores configuran herramientas indispensables de investigación para la autoridad de competencia⁹⁶. Asimismo, la experiencia en la práctica de la Comisión en casos emblemáticos demuestra la importancia de contar con dichas facultades⁹⁷.

En esta oportunidad, con la intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público, en el Decreto Legislativo se pretende dotar de garantías suficientes a los administrados y salvaguardar los derechos que eventualmente podrían verse involucrados con la actuación de la agencia de competencia, de manera que dicha intervención resulta acorde con lo señalado en el texto constitucional.⁹⁸

⁹⁴ Literal c) del artículo 2 del DL 807.

⁹⁵ En su oportunidad, en la Exposición de Motivos del DL 807, se estableció que era necesario que la agencia de competencia contara con facultades amplias de investigación similares a las de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT para la obtención de información y la realización de actividades de fiscalización (visitas de inspección). Por tanto, se decidió dotar a los órganos funcionales del INDECOP de facultades similares a través de la norma bajo comentario.

⁹⁶ Al respecto, la OECD, organización internacional que promueve la competitividad y el desarrollo económico, ha reconocido que uno de los instrumentos más importantes e idóneos en la lucha anticártel son las denominadas "dawn raids" o "visitas sorpresa", que se llevan a cabo en las oficinas de las empresas investigadas con la finalidad de que la autoridad de competencia pueda revisar y recabar información relacionada con la presunta práctica anticompetitiva sin que aquellas estén en la posibilidad de ocultarla y/o destruirla. Asimismo, dicho organismo ha reconocido el impacto de la informática en la conducción de las investigaciones sobre conductas anticompetitivas, señalando que durante las visitas sorpresa, las agencias de competencia de sus países miembros se han visto en la necesidad de desarrollar procedimientos especiales para la búsqueda y reproducción de documentos que se encuentran en soporte electrónico. (En: OECD. *Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead*. OECD Publications, Paris, 2003). En igual sentido, la ICN destaca que contar con dichas facultades de investigación resulta imperioso, en particular, para la lucha contra los acuerdos de cártel. (En: ICN. Op.Cit.)

⁹⁷ Al respecto, ver: procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros (Expediente N° 029-96/CLC).

⁹⁸ Numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Del Tribunal

El Decreto Legislativo establece en su artículo 16 que el Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión y la Secretaría Técnica. La novedad de esta disposición es que incorpora la facultad de la Secretaría Técnica del Tribunal para actuar de oficio medios probatorios cuando a solicitud del colegiado sea necesario para resolver.

Esta disposición se justifica dado que en segunda instancia pueden surgir cuestiones muy específicas que requieran la actuación de pruebas adicionales. Por tanto, en virtud de los principios de impulso de oficio⁹⁹ y de verdad material¹⁰⁰ que deben guiar el procedimiento administrativo, se ha optado por otorgar dicha facultad a la segunda instancia administrativa. Las partes podrán ejercer su derecho de defensa contradiciendo las pruebas que se deriven de su actuación en concordancia con el principio del debido procedimiento¹⁰¹.

Del OSIPTEL

Una de las novedades del Decreto Legislativo es la armonización de la normatividad con relación a las competencias del OSIPTEL en la aplicación de las normas de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Al respecto, la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, le otorga a este organismo la competencia para reprimir y sancionar las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias que pudieran afectar los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones. Esto incluye la potestad de sancionar a empresas que no tengan la condición de operadora de dichos servicios pero que participen en las conductas anticompetitivas.

En el artículo 17 del Decreto Legislativo se señala que el control de las conductas anticompetitivas en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley 27336. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

5. Del procedimiento administrativo sancionador

El procedimiento administrativo por prácticas anticompetitivas del Decreto Legislativo tiene un carácter eminentemente sancionador, inclusive cuando es trilateral (promovido a pedido de parte interesada). Entre sus principales características se identifican: la separación funcional entre el órgano instructor y el resolutorio, las actuaciones preliminares del instructor, el inicio de oficio y la estructura del procedimiento (notificación preventiva de cargos, descargos, la etapa probatoria, la propuesta de resolución por parte del instructor, entre otros).

⁹⁹ Numeral 1.3. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444.

¹⁰⁰ Numeral 1.11. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444.

¹⁰¹ Numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444.

El Decreto Legislativo busca dotar de predictibilidad y celeridad al procedimiento a efectos de que los administrados conozcan de las actuaciones que serán realizadas, su duración en cada una de las etapas, así como que la autoridad administrativa expida un pronunciamiento oportuno y célere.

En primera instancia se han diferenciado tres etapas en el procedimiento: la de postulación, de instrucción y final. Luego de ello el Decreto Legislativo desarrolla el procedimiento en segunda instancia seguido ante el Tribunal.

La etapa de postulación

En el artículo 18 del Decreto Legislativo se establece que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio por la Secretaría Técnica, ya sea por iniciativa propia o por denuncia de parte. Por otro lado, en el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante se considera sólo un colaborador, toda vez que la Secretaría Técnica mantiene la titularidad de la acción de oficio.

Esto es acorde con el diseño del procedimiento sancionador que diferencia entre las labores asignadas al órgano instructor y al órgano resolutorio, siendo que la Secretaría Técnica, como instructor y titular de la acción de oficio, se encargará del impulso del procedimiento y de la imputación inicial de cargos¹⁰². De esta manera, la Comisión mantendrá la imparcialidad frente al análisis del caso al no estar vinculada por ningún tipo de juzgamiento previo o examen preliminar que se pueda derivar de la resolución de inicio del procedimiento.

Cabe destacar que el artículo 19 del Decreto Legislativo establece los requisitos mínimos que debe contener una denuncia de parte para que sea admitida por la Secretaría Técnica. Si bien en ejercicio del derecho de petición administrativa, los administrados pueden formular denuncias y efectuar pedidos ante la autoridad¹⁰³, los agentes económicos investigados tienen derecho a que las denuncias en su contra tengan asidero fáctico y jurídico, de manera que no enfrenten indebidamente un procedimiento sancionador con las cargas que ello implica. Por tanto, la exigencia de procurar identificar a los presuntos responsables y de presentar indicios razonables de la presunta infracción apunta a evitar la proliferación de denuncias que no contengan bagaje probatorio alguno.

En esta etapa inicial, el Decreto Legislativo dispone en su artículo 20 que antes del inicio del procedimiento, la Secretaría Técnica puede efectuar actuaciones previas con la finalidad de reunir información y/o identificar indicios razonables de conductas anticompetitivas. Ello guarda correspondencia con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 235 de la Ley 27444, que establece que, en ejercicio de la potestad sancionadora y con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, las entidades pueden realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

¹⁰² Es el caso del artículo 49 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, norma en la cual se otorga a la Dirección de Investigación (órgano instructor) la atribución de iniciar de oficio el procedimiento, ya sea por iniciativa propia, del Consejo de la CNC o por denuncia, cuando observe la existencia de conductas anticompetitivas, notificando a los interesados el acuerdo de incoación.

¹⁰³ Artículo 106 de la Ley 27444, en concordancia con lo establecido en el numeral 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Conforme a la experiencia de la Comisión y de su Secretaría Técnica, en algunos casos los denunciantes se encuentran imposibilitados de acceder a información estadística o del mercado involucrado que les permita determinar cuestiones fundamentales tales como la sustituibilidad del producto o servicio, la existencia de barreras a la entrada, la cuota de participación de los agentes involucrados, entre otras. Por tanto, se requiere de actuaciones preliminares que apunten a subsanar aquellos aspectos de la denuncia que la autoridad de competencia se encuentra en mejor condición de determinar.

Esta etapa preliminar se debe desarrollar en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la interposición de la denuncia. Con este plazo se pretende establecer un equilibrio entre contar con un periodo prudencial para determinar la existencia de indicios razonables suficientes para el inicio de un procedimiento y garantizar que los investigados o involucrados no se encuentren sujetos de manera indefinida a los requerimientos de la autoridad de competencia sin contar con un pronunciamiento.

Luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de la infracción, según lo establece el numeral 21.1 del artículo 21 del Decreto Legislativo, la Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de la denuncia de parte.

A diferencia del DL 701, en el numeral 21.2 del artículo 21 del Decreto Legislativo se establece el contenido indispensable de la resolución de inicio del procedimiento con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de los investigados. Esta disposición guarda armonía con lo señalado en el numeral 3 del artículo 234 de la Ley 27444, norma que regula el contenido obligatorio de la notificación de imputación de cargos para el ejercicio de la potestad sancionadora.¹⁰⁴

La resolución de inicio del procedimiento se informa a la Comisión y a las partes en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles. Si la denuncia es declarada improcedente o inadmisibile, la resolución es impugnabile ante el Tribunal en el plazo de quince (15) días hábiles, recogiendo así el plazo aplicado a la interposición de recursos administrativos establecido en el artículo 207 de la Ley 27444.

El Decreto Legislativo incorpora como novedad el supuesto en el cual, si la Secretaría Técnica lo considera pertinente, puede disponer la publicación de una nota sucinta sobre el objeto del procedimiento en la página web del INDECOPI, el Diario Oficial El Peruano y otro diario de mayor circulación nacional, con la finalidad que cualquier tercero con interés legítimo pueda apersonarse a la instancia o aportar información para la investigación.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, en el numeral 22.1 del artículo 22 del Decreto Legislativo se establece un plazo de treinta (30) días

104

La propuesta coincide con lo señalado por el Tribunal Constitucional, organismo que se ha pronunciado con relación a la necesaria identificación e individualización de los sujetos presuntamente responsables y la necesidad de controlar la corrección jurídica del juicio de imputación del Fiscal, lo que impone al juzgador la obligación de efectuar una debida formalización de cargos contra cada uno de los responsables. Al respecto, ver: Sentencia recaída en el Expediente N° 8125-2005-PHC/TC (caso JEFFREY IMMELT) del 14 de noviembre de 2005.

hábiles para que los denunciados puedan efectuar sus descargos a la imputación formulada en su contra, duplicando con ello el plazo de quince (15) días establecido en el artículo 16 del DL 701. Esta ampliación obedece a la complejidad de los casos de libre competencia y procura que los investigados cuenten con un plazo razonable para ejercer su derecho de defensa.

La experiencia ha demostrado que, debido a la dificultad de la materia controvertida, los investigados suelen solicitar prórrogas para efectuar sus descargos, lo cual acarrea la necesidad de un pronunciamiento de la Comisión que disponga la ampliación del plazo legal. En consecuencia, este nuevo plazo se ajusta a la naturaleza y dinámica del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas. En este mismo plazo, pueden apersonarse otras partes con interés legítimo, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes, previo cumplimiento de los requisitos para formular denuncias de parte.

Medidas cautelares

Con la finalidad de procurar una adecuada defensa preventiva y garantizar la efectividad de las decisiones emitidas por la Comisión o el Tribunal, el Decreto Legislativo ha mejorado sustancialmente el tratamiento de las medidas cautelares, desarrollando el tema con amplitud en sus artículos 23 y 24.

Se incorpora una precisión importante referida a la legitimidad para obrar al momento de solicitarse una medida cautelar, estableciéndose que dicha solicitud puede realizarla quien haya presentado una denuncia de parte o un tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, aspecto que no se encontraba regulado con precisión en la norma anterior.

Procurando brindar un panorama de mayor certeza y predictibilidad a favor de los administrados al momento de solicitar el otorgamiento de una medida cautelar, en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto Legislativo se desarrolla un listado de los tipos de medida cautelar que la Comisión podrá adoptar, siendo éstas innovativas, no innovativas, genéricas y específicas, añadiéndose a manera de ejemplo la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas presuntamente anticompetitivas.

En la misma línea de generar mayor seguridad jurídica en los administrados, podemos considerar el establecimiento expreso en el artículo 24 del Decreto Legislativo de los requisitos necesarios para el dictado de medidas cautelares: el pago de la tasa por derecho de trámite, la verosimilitud de la denuncia, el peligro en la demora del pronunciamiento final y la posibilidad de lo pedido.

Finalmente, otros aspectos importantes relacionados con el procedimiento cautelar están contenidos en las disposiciones que se mencionan a continuación:

- Las medidas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.
- Se establece un plazo de treinta (30) días hábiles para que la Comisión acepte o desestime las medidas solicitadas, prorrogable por una sola vez y por el mismo plazo. Con ello se amplía el plazo original de diez (10) días

hábiles establecido en el DL 701 a fin de lograr un equilibrio entre el carácter de urgencia de la solicitud cautelar y la complejidad del análisis preliminar que se debe desarrollar.

- No son exigibles medidas de aseguramiento civil como contracautela o similares, en la medida que en un caso de libre competencia no se cautelan intereses de agentes en particular en el mercado, sino salvaguardar el correcto funcionamiento del proceso competitivo, que es de interés público. No obstante, dicha situación no supone indefensión del eventual afectado ante una indebida solicitud de medida cautelar, pues el Decreto Legislativo también prevé la posibilidad de ser resarcido ante el daño y perjuicio ocasionado por ello.
- Se otorga a la Comisión la facultad de conceder medidas cautelares distintas de las solicitadas, en la medida que sean más idóneas para evitar el daño que puede producir la presunta práctica.
- Se precisa que en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares.
- Se establece en cinco (5) días hábiles el plazo para la apelación —sin efecto suspensivo— de medidas cautelares, así como que el Tribunal resuelva la apelación en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles.

Evidentemente, este desarrollo mucho más amplio de la materia cautelar permitirá agilizar la tramitación de las solicitudes correspondientes, así como generar mayor predictibilidad y seguridad jurídica a favor de los usuarios del sistema.

El compromiso de cese

La figura del compromiso de cese se encuentra regulada en el artículo 25 del Decreto Legislativo. Es una institución jurídica que permite que los infractores de las normas de defensa de la libre competencia se comprometan a cesar la realización de la conducta prohibida y adoptar medidas efectivas para tal efecto, a cambio de lo cual, la agencia de competencia dispone la suspensión del procedimiento en trámite y, de ser el caso, la exención de la sanción correspondiente.

Esta figura fue recogida en el artículo 20 del DL 701 y ha sido invocada por los investigados en el marco de procedimientos por prácticas anticompetitivas ante la Comisión¹⁰⁵. En la actualidad también se encuentra contemplada en la legislación de la Comunidad Europea¹⁰⁶, España¹⁰⁷ y otros países de la región¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Con relación a la práctica de la Comisión y la Secretaría Técnica en el análisis de solicitudes de compromisos de cese, ver: Investigación de oficio contra propietarios de grifos y estaciones de servicio de Arequipa (Resolución N° 021-94-INDECOPI/CLC del 22 de septiembre de 1994); procedimiento de oficio contra la Asociación de Industriales de Panadería y el señor Gilberto Hinojosa Teves (Resolución N° 033-95-INDECOPI/CLC del 23 agosto de 1995); procedimiento de oficio contra Taxitel S.R.L., Empresa de Transportes "Fox" S.R.L., Kallpay, Asociación de Mototaxis "Andino", Asociación de Transportes Mototaxi "Taxi Tours" y Asociación de Choferes Mototaxistas de Huanta (Resolución N° 003-2000-INDECOPI/CLC del 16 de junio de 2000); procedimiento seguido por Maersk Perú S.A. y de oficio por la Comisión contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, Pilot Station S.A., Seawell S.A. y Pratmar S.R.L. (Resolución N° 012-2001-INDECOPI/CLC del 2 de mayo de 2001 y Resolución N° 0791-2001/TDC-INDECOPI del 30 de noviembre de 2001); y procedimiento seguido de oficio contra Hansaperú Consulting S.A.C. (Resolución N° 039-2005-INDECOPI/CLC)

¹⁰⁶ Artículo 9 del Reglamento 1/2003 del Consejo de la Comisión Europea del 16 de diciembre de 2002.

¹⁰⁷ Artículo 52 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

¹⁰⁸ Artículo 36 de la Ley 25156, Ley de Defensa de la Competencia de Argentina; artículo 33 bis 2 de la Ley Federal de Competencia Económica de México; y, artículo 53 de la Ley 8.884/94 en el caso de Brasil.

Mediante su utilización se pretende aplicar soluciones inmediatas y efectivas frente a conductas que distorsionen la competencia y afecten la dinámica del mercado, lo cual constituye uno de los principales objetivos del Decreto Legislativo.

El plazo establecido en el Decreto Legislativo para presentar el compromiso de cese es de cuarenta y cinco (45) días hábiles desde el inicio del procedimiento administrativo por conductas anticompetitivas. Esta ampliación del plazo de quince (15) días establecido en el DL 701 tiene como finalidad otorgar un plazo razonable para que los agentes económicos investigados puedan coordinar entre ellos un compromiso de cese y negociar su contenido con la Secretaría Técnica.

Asimismo, en el Decreto Legislativo se incorporan pautas con la finalidad de hacer más predecible la forma en que la autoridad evaluará la solicitud. Las condiciones concurrentes que serán analizadas son¹⁰⁹:

- El reconocimiento total o parcial de los hechos denunciados, caso contrario, no tendría sentido la figura del compromiso de cese. Este reconocimiento debe ser verosímil a la luz de los elementos de prueba que obran en la investigación.
- Se restringe la aplicación de esta figura para aquellas prácticas que no representen una grave afectación al bienestar de los consumidores.
- Los agentes económicos investigados deben ofrecer medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. A su vez, se pueden ofrecer medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

En este caso se ha establecido expresamente el carácter inimpugnabile de la decisión de la Comisión, debido al carácter eminentemente discrecional de dicha decisión¹¹⁰, al tratarse de una transacción entre los investigados y el órgano encargado de la persecución de las infracciones a la ley. El incumplimiento del compromiso, conlleva que se reinicie el procedimiento, de oficio o a pedido de

¹⁰⁹ Estos criterios fueron recogidos por la Comisión mediante la Resolución N° 039-2005-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2005, expedida en el marco del procedimiento administrativo sancionador de oficio seguido contra la empresa Hansaperú Consulting S.A.C. (Expediente N° 008-2004/GLC).

¹¹⁰ La doctrina establece una distinción entre el ejercicio de potestades regladas y potestades discrecionales. Por un lado, el ejercicio de potestades regladas implica que la Administración constata un supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y aplica lo que la ley ha determinado sin dejar espacio para elemento subjetivo alguno. Por otro lado, las potestades discrecionales importan la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido en particular. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Palestra - Temis. Lima - Bogotá., 2006. Págs. 490 - 495. Ahora bien, la actuación eminentemente discrecional se refiere a aquellos actos que no se encuentran sujetos a parámetros preestablecidos en una ley determinada, encomendándose la protección del interés público a la autoridad con amplios márgenes para su actuación. Estos actos no son, en principio, impugnables, puesto que el margen de actuación encomendado a la autoridad es sumamente amplio. En estos casos, el control opera sobre la responsabilidad del funcionario que emite el acto pero no sobre el acto en sí. Sobre el particular, cabe señalar que la propia Ley 27444 prevé esta clase de actuación discrecional de las entidades de la Administración Pública que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. En efecto, conforme al artículo 112 del referido dispositivo legal, el administrado tiene la facultad de solicitar al titular de una entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o la prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular (es decir, cuando no tiene derecho a la satisfacción de un interés legítimo).

parte, considerándose dicho incumplimiento como una infracción grave de manera que la Comisión podría imponer una multa de hasta mil (1000) UIT.

Es importante señalar que en caso de la denegatoria de la solicitud, la norma salvaguarda que las declaraciones de los investigados en el marco del compromiso de cese no puedan ser utilizadas en el procedimiento principal, bajo sanción de nulidad de este último. A su vez, la aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por daños y perjuicios ocasionados.

La exoneración de responsabilidad

La figura de la exoneración de responsabilidad, conocida como *leniency programme* o política de clemencia, ya se encuentra recogida en el artículo 20 del DL 701, pero es perfeccionada sustancialmente en el artículo 26 del Decreto Legislativo. En su forma básica, el *leniency programme* permite únicamente al primer individuo o empresa que ofrezca cooperación en la investigación sobre una práctica colusoria, obtener una completa inmunidad de las sanciones que recibiría por su conducta¹¹¹. En consecuencia, lo que pretende esta figura es otorgar los incentivos suficientes a los integrantes del cártel con la finalidad que opten por confesar y revelar la existencia del acuerdo antes de ser sancionados por su participación. De hecho, la existencia de un sistema eficaz de exoneración de responsabilidad genera un efecto que va inclusive más allá, pues se desincentiva en sí misma la formación de cárteles, ante el gran riesgo que se genera de ser delatado por participar en uno de ellos.

Los programas de clemencia han sido de aplicación en Estados Unidos¹¹², la Comunidad Europea¹¹³, Reino Unido¹¹⁴, Brasil en la región¹¹⁵, entre otros países. Recientemente ha sido implementado en España a través de la entrada en vigencia del Real Decreto 261/2008 del 28 de febrero de 2008, norma que reglamenta la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Conforme a los estudios y estadísticas de la OECD¹¹⁶ y de la ICN¹¹⁷, los programas de clemencia han sido uno de los instrumentos más eficaces en la

¹¹¹ Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD. *Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead*. OECD Publications, Paris, 2003.

¹¹² Al respecto ver: *Corporate Leniency Policy* en: www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm y *Leniency Policy for Individuals* en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm> (Visitadas el 25 de abril de 2008)

¹¹³ Ver: Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2002/C 45/03), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 19 de febrero de 2002.

¹¹⁴ En el caso de Reino Unido, ver: Office of Fair Trading. *Leniency in cartel cases. A guide to the leniency programme for cartels*. En: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_mini_guides/oft436.pdf (Visitada el 25 de abril de 2008)

¹¹⁵ Artículo 35-B de la Ley 8.884/94 del 11 de junio de 1994 incorporado mediante el artículo 2 de la Ley 10149 del 21 de diciembre de 2000. El desarrollo del programa se detalla en: <http://www.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm> (Visitada el 25 de abril de 2008)

¹¹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development: *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. (París, OECD Policy Brief September 2001). En: <http://www.oecd.org/dataoecd/28/31/1890449.pdf> (Visitada el 25 de abril de 2008)

¹¹⁷ Al respecto, ver: ICN. Op.Cit.

lucha contra los cárteles. Sin embargo, la inexistencia de solicitudes en el caso peruano estaría relacionada con la indeterminación de todos los aspectos del programa y una inadecuada difusión de sus alcances.

Por tanto, a diferencia de lo establecido en el DL 701, el Decreto Legislativo contempla la posibilidad de que la solicitud de exoneración de responsabilidad se presente antes del inicio de un procedimiento o una vez iniciada la investigación. Con la finalidad de dotar de mayores incentivos a los interesados, se establece expresamente que la exoneración de responsabilidad se negociará únicamente con el primero que solicite acogerse al programa. Los siguientes solicitantes se verían beneficiados con la reducción de la multa.¹¹⁸

De igual manera, con la finalidad de crear mayores incentivos para la utilización de la figura, se establece la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas, estableciéndose las responsabilidades de los funcionarios a cargo por el incumplimiento de dicha obligación. A su vez, la aprobación de la solicitud exonera al infractor de la sanción y lo libra de la posibilidad de que cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional le inicie un procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

Del período probatorio o de la instrucción

Considerando la trascendencia que tiene la prueba en el marco de un procedimiento administrativo sancionador¹¹⁹, el Decreto Legislativo mejora sustancialmente la regulación de la etapa de instrucción, incorporando mayor detalle en el desarrollo de las reglas relacionadas con la actividad probatoria.

Quizás una de las novedades más importantes al respecto, contenida en el artículo 27 del Decreto Legislativo, es la ampliación a siete (7) meses del plazo original de treinta (30) días establecido en el DL 701 para el desarrollo de la actividad probatoria, periodo que resultaba insuficiente para llevar a cabo las investigaciones. Ello, en atención a la experiencia que la Comisión ha obtenido respecto del tiempo que toman las actuaciones procesales en cada etapa de los procedimientos y a la complejidad de los hechos investigados (v.g. análisis de mercados, procesamiento y solicitudes de información a terceros, etc.). De esta manera, el Decreto Legislativo dota de un periodo razonable y realista para que las partes, los terceros legitimados en el procedimiento y la propia autoridad administrativa puedan presentar, actuar y evaluar los medios probatorios correspondientes que permitan la solución de la controversia.

Un segundo aspecto de particular importancia sobre este tema es la incorporación expresa en el artículo 28 de un listado no taxativo de medios probatorios que pueden ser actuados durante los procedimientos: documentos, declaración de parte, testimonios, inspecciones, pericias, u otras pruebas que a criterio de la Secretaría Técnica sean necesarias.

De otro lado, si bien se mantiene la disposición referida a que todo costo que ocasione la actuación de algún medio probatorio será asumido por la parte que lo

¹¹⁸ Este diseño en el Decreto Legislativo es acorde con lo establecido en los programas aplicados en América y Europa (Ver documentos antes citados).

¹¹⁹ Además de constituir los medios para acreditar los hechos denunciados del caso, la prueba es vista como un derecho básico de los administrados, constituyendo una de las garantías del debido procedimiento (numeral 1.2. de artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444).

ofrezca, el Decreto Legislativo prevé en el numeral 28.4 de su artículo 28 una excepción para los casos de medios probatorios actuados de oficio por la autoridad administrativa, en cuyo caso se podrá ordenar el pago de los costos de su actuación al imputado o a quien formuló la denuncia, dependiendo del resultado del procedimiento.

Adicionalmente, el Decreto Legislativo incorpora expresamente en el numeral 28.3 de su artículo 28 la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda requerir la intervención de la autoridad policial para la actuación de pruebas o la realización de diligencias. Estas facultades forman parte de los actos de instrucción que posee toda autoridad administrativa.

Asimismo, si bien en la práctica ello ya se venía dando durante los últimos años en virtud de la aplicación de disposiciones generales contenidas en la Ley 27444¹²⁰, se ha optado por incluir en el artículo 29 del Decreto Legislativo la facultad de la Secretaría Técnica de rechazar los medios probatorios propuestos por cualquiera de las partes apersonadas al procedimiento cuando éstos sean manifiestamente impertinentes o innecesarios.

Finalmente, en el artículo 30 del Decreto Legislativo se contempla el supuesto en el cual, debido a las actuaciones efectuadas en el procedimiento, se pueda modificar la determinación inicial de los hechos o su calificación jurídica. Ciertamente, la complejidad de las infracciones a las normas de libre competencia no permite determinar al inicio del procedimiento todos los alcances de la presunta infracción, o la existencia de conductas conexas a la denuncia originaria que sólo pueden ser detectadas en el marco de las investigaciones. En tal caso, la Secretaría Técnica deberá emitir una nueva resolución que sustituya el pliego de cargos inicial informando de ello a la Comisión y notificando de la modificación a las partes con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa, iniciándose un nuevo plazo para formular descargos y un nuevo cómputo del plazo legal de la tramitación del procedimiento.

Acceso al expediente e información confidencial

En el Decreto Legislativo se ha considerado conveniente establecer una excepción al principio general de publicidad¹²¹ y al derecho de acceso a la información de las entidades por cualquier interesado¹²², permitiéndose el acceso al expediente sólo a las partes o terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento. Ello en la medida que se trata de un procedimiento administrativo sancionador en el cual rige la presunción de licitud, y en el que la divulgación de información vinculada con una denuncia que podría resultar improcedente, infundada e inclusive maliciosa, puede causar un daño irreparable en la reputación comercial del denunciado.

Con relación a las solicitudes de confidencialidad de la información presentada en el marco de un procedimiento por prácticas anticompetitivas, el Decreto Legislativo eleva a rango legal una serie de disposiciones contenidas

¹²⁰ Numeral 1 del artículo 163 de la Ley 27444.

¹²¹ Artículo 3 de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

¹²² Artículos 7 y 10 de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública

actualmente en Lineamientos sobre Información Confidencial¹²³ que guían el accionar de la Comisión.

Asimismo, si bien de conformidad con el marco legal vigente, en el trámite de un procedimiento, la información que obra en el expediente debe ser suministrada a las partes involucradas que así lo soliciten¹²⁴, el administrado no podrá ejercer su derecho de acceso a la información, entre otros supuestos, respecto de la información que califica como confidencial¹²⁵.

Entre la información que califica como confidencial se encuentra el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil; la información referida a los datos personales cuya publicidad pueda constituir una invasión a la intimidad personal y familiar; la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo previo a la toma de una decisión de gobierno; la información vinculada a investigaciones en trámite referidas a la potestad sancionadora de la Administración Pública¹²⁶; y, la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida con el secreto profesional.¹²⁷

Es en ese sentido que, cuando la Comisión cumple con su obligación de declarar la confidencialidad de la información que reciba de los administrados a fin de evitar su uso indebido o alguna desventaja competitiva, se presenta una importante excepción a la regla general que establece que los expedientes de procedimientos por infracción a las normas de libre competencia son de acceso irrestricto para las partes y terceros con legítimo interés.

Al respecto, una de las incorporaciones más importantes es el listado de requisitos que deberá cumplir el interesado para efectuar un pedido de confidencialidad, contenido en el numeral 32.4 del artículo 32 del Decreto Legislativo: precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información¹²⁸, de modo tal que las demás partes del procedimiento puedan tener acceso al contenido general de la información y ejercer su derecho de defensa.

Otro aspecto destacable es la disposición contenida en el numeral 32.4 del artículo 32 del Decreto Legislativo, referida a que la Comisión se regirá por los

¹²³ Aprobados por la Comisión de Libre Competencia mediante Resolución N° 004-2000-INDECOPI/CLC del 28 de junio de 2000.

¹²⁴ Numeral 1 del artículo 160 de la Ley 27444.

¹²⁵ Las excepciones al principio general de publicidad se encuentran reguladas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, comprendiendo a la información considerada como secreta, la información reservada y la información confidencial.

¹²⁶ Esta categoría incluye la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, cuya exclusión termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de 6 meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final. Sin embargo, la regla que establece el artículo 31 del Decreto Legislativo implicaría que el acceso restringido al expediente sólo para las partes se extendería por encima de los seis meses hasta que concluya el procedimiento en sede administrativa.

¹²⁷ Artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

¹²⁸ Estos requisitos se encuentran en los Lineamientos sobre Información Confidencial de la Comisión.

siguientes criterios a fin de determinar si la información tiene carácter reservado: la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación¹²⁹.

Asimismo, en el numeral 32.1 del artículo 32 se han listado los requisitos para obtener la declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial, para lo cual se evaluará que la información materia de la solicitud sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado, que quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, y que dicha información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Finalmente, cabe destacar la incorporación de la disposición del numeral 32.5 del artículo 32 del Decreto Legislativo referida a la posibilidad de solicitar la reserva genérica de la información en circunstancias específicas, tales como las visitas de inspección o entrevistas, para luego individualizar la solicitud conforme a la regla general.

De la conclusión del procedimiento en primera instancia

En el Decreto Legislativo se ha desarrollado con mucho mayor detalle el tramo final del procedimiento en primera instancia administrativa, empezando por regular detalladamente el informe técnico que debe emitir la Secretaría Técnica. La importancia de dicho informe radica en que contiene el resultado de la etapa de instrucción y la actividad probatoria, incluyendo la imputación contra los investigados, así como los aspectos que serán materia de juzgamiento por la Comisión.

En ese sentido, el numeral 33.1 del artículo 33 del Decreto Legislativo establece el contenido esencial del informe técnico, el que deberá incluir los hechos probados, la determinación de la infracción administrativa, la identificación de los responsables, la propuesta de graduación de la sanción y la propuesta de medidas correctivas pertinentes.

Asimismo, con el numeral 33.3 del artículo 33 del Decreto Legislativo se ha dejado de lado la aplicación supletoria del plazo de 5 (cinco) días, procedente del numeral 161.2 del artículo 161 de la Ley 27444, por uno de 15 (quince) días hábiles para que las partes formulen alegaciones y observaciones al Informe Técnico. Ello se justifica en la experiencia adquirida que evidencia la complejidad de los casos de libre competencia, así como para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa de las partes involucradas.

Con relación a la audiencia de informe oral, se incorpora como novedad en el artículo 34 del Decreto Legislativo el plazo de cinco (5) días de anticipación con el que se debe citar a las partes para dicho acto, que se realiza en caso la Comisión, discrecionalmente, lo considere necesario. El plazo establecido responde también a la complejidad de las controversias y considera que las partes tendrán que preparar sus argumentos para sustentarlos ante la Comisión.

De otro lado, en su artículo 35, el Decreto Legislativo ha incorporado una serie de disposiciones acordes con lo establecido en el artículo 235 de la Ley 27444

¹²⁹

Estos criterios se encuentran recogidos actualmente en los Lineamientos sobre Información Confidencial de la Comisión.

relacionadas con la preclusión de la etapa probatoria y la presentación de alegatos finales, básicamente en lo concerniente a la facultad que se otorga a la autoridad administrativa para actuar pruebas adicionales con el objetivo de llegar a la verdad material.

En ese sentido, se ha previsto expresamente que luego de conocer del Informe Técnico y los alegatos, la Comisión pueda ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, lo que genera además el derecho de las partes a presentar los suyos, en una nueva fase probatoria de treinta (30) días hábiles, luego de lo cual precluye la etapa probatoria. Asimismo, se incorpora como novedad la potestad que tiene la Comisión para, discrecionalmente, citar a las partes a una segunda audiencia de informe oral a fin de garantizar su derecho de contradicción luego de evaluado el nuevo material probatorio.

Finalmente, la evidencia acumulada durante los últimos años demuestra que la Comisión no siempre está en posibilidad de resolver de manera definitiva las denuncias en materia de libre competencia dentro del plazo original de cinco (5) días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo que tienen las partes para presentar alegatos finales. Ello en la medida que, como ya se ha mencionado, la materia controvertida en los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia reviste especial complejidad al versar sobre aspectos técnicos, económicos y legales. En ese sentido, se ha considerado conveniente ampliar el referido plazo a treinta (30) días hábiles (artículo 36 del Decreto Legislativo).

Asimismo, el referido plazo refleja el propósito del Decreto Legislativo de distinguir claramente la naturaleza de las actividades que realiza el órgano instructor de aquellas que realiza el órgano resolutorio.

Del procedimiento ante la segunda instancia

A diferencia del DL 701, el Decreto Legislativo regula de manera amplia y detallada el procedimiento a seguirse en la segunda instancia administrativa. Actualmente, dicho procedimiento se rige por algunas disposiciones que contiene la ley de competencia vigente y, supletoriamente, por la Ley 27444.

El Decreto Legislativo ha desarrollado una serie de reglas que, en general, siguen el esquema propuesto por la Ley 27444, aunque con necesarias adaptaciones a las características y naturaleza de los procedimientos de libre competencia.

El recurso de apelación se encuentra regulado en los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo, estableciéndose que puede ser interpuesto por las partes en el procedimiento y los terceros con legítimo interés. De manera concordante con la Ley 27444, el Decreto Legislativo señala expresamente aquellos actos administrativos que pueden ser objeto del recurso de apelación, es decir, la resolución final que pone fin a la instancia, los actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento y los que puedan producir indefensión¹³⁰, añadiéndose la posibilidad de impugnar aquellos actos administrativos que puedan causar un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos como es el caso de los actos que imponen medidas cautelares¹³¹.

El numeral 37.1 del artículo 37 dispone que la Secretaría Técnica pueda apelar la resolución que exculpa a los investigados así como la multa impuesta. Ello resulta coherente con el modelo acusatorio recogido en el Decreto Legislativo. Bajo este esquema, el numeral 38.2 del artículo 38 establece que los denunciantes y terceros con legítimo interés sólo pueden apelar la resolución final cuando ésta haya exculpado al acusado, puesto que la magnitud de las multas impuestas y las medidas correctivas adoptadas por la Comisión únicamente responden a un interés público consistente en desincentivar la comisión de conductas anticompetitivas y corregir las distorsiones generadas al proceso competitivo.

Siguiendo el esquema previsto en la Ley 27444, el recurso de apelación se interpone ante el órgano emisor en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificado¹³², y es resuelto por el Tribunal en un plazo de ciento veinte (120) días hábiles. Asimismo, se establece que, como regla general, la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto impugnado¹³³ salvo que el órgano emisor disponga lo contrario. Del mismo modo, se precisa que no cabe la interposición del recurso de reconsideración contra los pronunciamientos de la Comisión y la Secretaría Técnica¹³⁴.

El artículo 39 del Decreto Legislativo regula la tramitación del recurso de apelación ante el Tribunal. Una de las novedades introducidas en el procedimiento consiste en la existencia de un periodo de quince (15) días hábiles, a partir de la notificación del arribo del expediente al Tribunal, para que las partes puedan presentar las alegaciones y documentos que sustenten sus recursos. Asimismo, se establece un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para presentar alegatos con posterioridad a la celebración de la audiencia de informe oral. Ello con la finalidad de garantizar un correcto ejercicio del derecho de defensa y contradicción de las partes así como la búsqueda de la verdad material por parte de la autoridad administrativa.

Se ha establecido expresamente en el artículo 40 del Decreto Legislativo la prohibición de reforma en peor respecto del administrado que ha sido sancionado en primera instancia administrativa. El principio de interdicción de *reformatio in peius* se encuentra contemplado en el numeral 3 del artículo 237 de la Ley 27444 y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como una garantía de los administrados aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores¹³⁵.

Finalmente, el artículo 41 del Decreto Legislativo establece que las resoluciones definitivas del Tribunal agotan la vía administrativa y son únicamente impugnables mediante una demanda contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 218 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 36 del Reglamento.

¹³¹ Artículo 23.7 del Decreto Legislativo.

¹³² Artículo 207.2 de la Ley 27444.

¹³³ Artículo 216 de la Ley 27444.

¹³⁴ Artículo 38 del DL 807.

¹³⁵ Ver: Fundamento Jurídico 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de agosto de 2004 (Exp. N.º 1803-2004-AA/TC).

Prescripción

Las infracciones a la Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado.

Con relación al plazo de prescripción de la infracción administrativa, se ha mantenido la regla general del artículo 24 del DL 701 en el sentido de que las infracciones a la Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora, así como que la prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. Siendo así, el artículo 42 del Decreto Legislativo mantiene también un esquema similar al desarrollado por la Ley 27444 en este aspecto¹³⁶.

No obstante, se ha incorporado una novedosa disposición por la que el cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado. Ello a diferencia, por ejemplo, del ordenamiento penal, donde el inicio del nuevo cómputo se produce al día siguiente de la ocurrencia de la interrupción¹³⁷. Esta medida funciona como desincentivo de la inactividad de la autoridad administrativa, en tanto que la mencionada paralización activaría el cómputo de un nuevo plazo prescriptorio.

6. Sanción y eliminación de conductas anticompetitivas

Multas

Marco general

La efectividad de la ley de competencia requiere no sólo un adecuado diseño con reglas y procesos claros, sino también mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento de lo establecido. Al respecto, la determinación e imposición de sanciones constituye un factor clave para dicho objetivo debido a su doble efecto; por un lado, castigando a los infractores y, por el otro, previniendo y disuadiendo el desvío de las conductas hacia lo ilícito y no deseable dentro de la perspectiva económica y social.

Las sanciones tienen así implícito un carácter dinámico en la medida que su fin es evitar la realización de conductas futuras no deseables (en nuestro caso, prácticas anticompetitivas) al transmitir una señal al resto de agentes económicos. Un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener dicho rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, este esquema opera influyendo en las decisiones de los agentes

¹³⁶ Numeral 233.2 del artículo 233 de la Ley 27444.

¹³⁷ Según lo previsto en el artículo 83 del Código Penal, la interrupción del plazo prescriptorio genera el inicio de un nuevo cómputo a partir del día siguiente a la interrupción. El hecho de que se inicie un nuevo plazo prescriptorio diferencia la figura de la 'interrupción' de la 'suspensión', donde sólo se detiene el cómputo del plazo, y "superada la causal de suspensión el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando". Ver: Fundamento Jurídico 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de junio de 2005 (Exp. N.º 4118-2004-HC/T).

económicos al impactar negativamente sobre el beneficio esperado derivado de la realización de prácticas ilegales; de modo que dicho beneficio ilícito esperado resultaría menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades legales¹³⁶.

De otro lado, la aplicación de la sanción está sujeta a la detección de la infracción, la cual, dado el costo de la supervisión de los mercados y la dificultad de acceder a la información relevante, se da con una cierta probabilidad.

De lo anterior, se tiene que para lograr el efecto de disuadir la realización de prácticas anticompetitivas se necesita que el régimen de sanciones incluya una alta probabilidad de detección; un adecuado nivel de multas tope; la aplicación de multas en casos de impacto significativo y, por ende, altas; y el efectivo pago de éstas (que sean ejecutables o cobrables).

El artículo 43 del Decreto Legislativo establece tres niveles de multas: leve, grave y muy grave. Dicha situación representa una mejora con relación al artículo equivalente del DL 701, puesto que en esta norma únicamente se distinguían dos niveles: leve o grave y muy grave. La estratificación contenida en el Decreto Legislativo permite distinguir claramente cuáles son los niveles de sanción aplicables para cada uno de los niveles de gravedad de la infracción, estableciendo topes medidos tanto en Unidades Impositivas Tributarias - UIT como en un porcentaje de ventas o ingresos brutos.

En particular, en el caso de infracciones calificadas como muy graves se ha incrementado el tope referido al porcentaje de ventas o ingresos brutos, pasando del 10% contemplado en el DL 701 al 12%. La intención de este incremento del tope máximo para infracciones muy graves es inherentemente disuasiva de conductas ilícitas para aquellas empresas que participan de los mercados más importantes. Asimismo, se encuentra dirigido a cumplir un rol disuasivo en aquellos casos de mercados ampliados ante el APC Perú – EEUU y otros acuerdos comerciales que el Perú pueda suscribir, en donde se espera que el tamaño de los agentes económicos y de los mercados sea mayor y, por tanto, el impacto de prácticas anticompetitivas en tales mercados sea también más significativo.

Asimismo, se ha considerado que aquellos topes máximos expresados en porcentajes (8% para infracciones leves, 10% para infracciones graves y 12% para infracciones muy graves) sean aplicados no sólo al propio infractor, sino también al grupo económico al que pertenece. Dicho supuesto resulta de amplia utilidad en casos en los que las infracciones están referidas a conductas realizadas años antes de la resolución de la Comisión, casos en los que imponer una sanción en función de los ingresos del infractor del año inmediato anterior podría no cubrir el beneficio ilícito en función del cual se debe calcular la sanción. En tal supuesto, el porcentaje se podría aplicar no solamente a los ingresos del infractor, sino a los ingresos de su grupo económico (beneficiario de la conducta anticompetitiva), manteniendo las multas a imponer en un adecuado nivel y, por ende, no perdiendo el efecto de disuasión que se intenta lograr con este tipo de sanciones.

Criterios para la determinación de la sanción

¹³⁶

Becker, G. (1968) "Crime and punishment: an economic approach", En: The Journal of Political Economy, Vol. 76, Nº 2, (Mar-Abr., 1968). Págs. 169-217, The University Chicago Press.

El artículo 44 del Decreto Legislativo contiene un listado de criterios sobre la base de los cuales la autoridad podrá establecer la gravedad de la infracción y graduará las sanciones.

El mencionado listado recoge criterios que ya estaban contenidos en el artículo respectivo del DL 701, mejorando su redacción. Los literales a), b) e i) son los criterios que el Decreto Legislativo incorpora al mencionado listado.

Los literales a) y b) son incorporados por el Decreto Legislativo considerando que la decisión de delinquir o no dependerá del beneficio ilícito que se espera recibir con relación al beneficio que se obtendría cumpliendo la Ley. Si el primero supera al segundo, la acción ilegal se realizaría; si ocurre lo contrario, no existiría incentivo alguno para realizar una conducta ilícita, por lo que los agentes económicos respetarían la Ley.

Dicho de otro modo, si se considera que B^* es el beneficio obtenido por una actividad ilegal; B , el beneficio obtenido por la actividad legal; M , la multa aplicada; y p , la probabilidad de detección. Luego, el beneficio que se espera de realizar una actividad ilícita se define como:

$$p(B^* - M) + (1 - p)B^*$$

Luego, los agentes no incumplirán la Ley siempre que les sea más beneficioso cumplirla, es decir, que se cumpla que el beneficio obtenido de manera legal sea mayor que aquél que se espera obtener de una actividad ilegal, esto es:

$$B > p(B^* - M) + (1 - p)B^*$$

$$pM > B^* - B$$

De lo cual se deriva que para lograr ese objetivo la sanción debe ser mayor que el coeficiente del diferencial entre el beneficio ilícito y el lícito, y la probabilidad de detección.

$$M > (B^* - B) / p$$

De otro lado el literal i) incorporado por el Decreto Legislativo permite a la autoridad considerar la actuación procesal de la investigada como criterio para graduar la sanción que le corresponda. Dicho criterio podrá ser utilizado agravando o atenuando las multas a imponer.

El establecimiento de criterios como los contenidos en el artículo 44 del Decreto Legislativo favorece la transparencia y, sobre todo, la predictibilidad de las decisiones en el procedimiento sancionador. Del mismo modo, dichos criterios impactan en las perspectivas de los agentes económicos debido a su influencia en la evaluación de los costos y beneficios de sus acciones.

Finalmente, cabe resaltar que los criterios listados en el artículo 44 no son los únicos que la autoridad podría considerar al momento de determinar la gravedad de la infracción y el nivel de las multas que correspondan. En efecto, el Decreto Legislativo cuida en señalar que "entre otros" se tendrán en consideración los criterios expresamente listados, dejando a salvo la posibilidad de que, por la

particularidad de los mercados o de las conductas investigadas, se puedan considerar otros criterios.

Medidas correctivas

El artículo 46 del Decreto Legislativo contempla de manera expresa las facultades de la Comisión y el Tribunal para dictar medidas correctivas, cuya finalidad expuesta en el numeral 46.1 de dicho artículo consiste en restablecer el proceso competitivo.

Las medidas correctivas se sustentan en la potestad de policía de la autoridad administrativa, en este caso, para corregir las distorsiones producidas en el proceso competitivo que se ha visto afectado por el desarrollo de prácticas anticompetitivas, tipificadas en los artículos 10, 11 y 12 del Decreto Legislativo¹³⁹.

El DL 701 no contiene un expreso reconocimiento de las facultades de la agencia de competencia para dictar medidas correctivas, aunque el numeral b) del artículo 19 del DL 25868 otorga dicha facultad de manera general a todas las comisiones del INDECOPI. Cabe resaltar que la necesidad de contar con esta potestad ha sido reafirmada por el propio Tribunal Constitucional, admitiendo la importancia y utilidad de estas medidas para garantizar la capacidad real de actuación de la agencia de competencia para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia y el derecho de los consumidores y usuarios¹⁴⁰.

En este sentido, la incorporación de dicha facultad en el Decreto Legislativo tiene por objetivo otorgar una mayor seguridad jurídica y predictibilidad a la comunidad económica sobre las atribuciones ya reconocidas de la Comisión y del Tribunal en este sentido.

El numeral 46.1 del artículo 46 del Decreto Legislativo también contiene una lista enunciativa de posibles medidas correctivas que podría dictar la Comisión o el Tribunal en un caso concreto. Algunas de estas medidas han sido previamente impuestas por el INDECOPI y el OSIPTEL en el marco de procedimientos tramitados por infracción al DL 701.

El cese de la conducta infractora, previsto en el literal a) del numeral 46.1 del artículo 46 constituye la medida correctiva por excelencia, que tiene por objeto evitar que los efectos negativos de la conducta anticompetitiva perduren en el tiempo. Así por ejemplo, en un pronunciamiento reciente, el Tribunal ordenó el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante

¹³⁹ Sobre los objetivos que persiguen los remedios y sanciones, en particular en casos de abuso de posición de dominio, ver: OECD. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*. Mayo 2007. Págs. 20 - 25 (disponible en: <http://www.oecd.org/competition>).

¹⁴⁰ Fundamento Jurídico 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, en el Expediente 1963-2006-PA/TC:

*"22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección de los consumidores y usuarios?
Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61º de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65º de la Constitución)."* (subrayado añadido)

ferroviario por parte de la empresa encargada de su administración y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en un contrato de concesión¹⁴¹.

No obstante, el cese de la conducta infractora no siempre resulta suficiente para asegurar el restablecimiento del proceso competitivo. En determinadas circunstancias se requiere la intervención de la autoridad de competencia para establecer obligaciones positivas de los particulares a efectos de corregir los efectos de las prácticas anticompetitivas. Ello sucede con frecuencia en los casos de negativas injustificadas de trato, donde se requiere disponer que la empresa infractora atienda las solicitudes de venta o de prestación de servicios de un tercero bajo determinadas condiciones.

En numerosas ocasiones tanto el INDECOPI como el OSIPTEL han impuesto las medidas correctivas previstas en el literal b) del numeral 46.1 del artículo 46 del Decreto Legislativo, consistentes en la imposición de obligaciones de contratar a empresas infractoras del DL 701. Entre las diversas medidas correctivas dictadas por el INDECOPI podemos referirnos a: el mandato dictado contra la empresa estatal que ostentaba el monopolio legal en el mercado de la compra y venta de hoja de coca para que satisfaga las demandas de compra de una empresa competidora¹⁴²; el mandato para que una entidad bancaria acceda a la solicitud de un aerolínea para la apertura de una cuenta corriente¹⁴³; o el mandato para que una empresa de distribución de energía eléctrica alquile los postes a una empresa de radiodifusión por cable¹⁴⁴. De manera similar, el OSIPTEL también dispuso que una empresa de telefonía fija preste el servicio de arrendamiento de postes a una operadora de servicios de radiodifusión por cable¹⁴⁵.

En otro caso seguido contra la principal operadora de servicios de telefonía móvil, el OSIPTEL dispuso que dicha operadora prestara el servicio de *roaming* automático nacional a favor de los clientes de una empresa competidora. En dicho mandato, el OSIPTEL dispuso que las empresas involucradas iniciaran un proceso de negociación bajo la observación de OSIPTEL para pactar los términos comerciales, económicos, técnicos y operativos para el establecimiento de dicho servicio; estableciendo además el plazo de duración de la prestación del servicio y determinados parámetros para determinar la contraprestación económica a favor de la empresa infractora. Incluso, la medida correctiva dictada dispuso la intervención del OSIPTEL en caso las partes no se pusieran de acuerdo durante esta etapa de negociación¹⁴⁶.

El literal c) del numeral 46.1 del artículo 46 del Decreto Legislativo también contiene un tipo de medida correctiva previamente establecida por el INDECOPI y el OSIPTEL en procedimientos por infracción al DL 701, que se refiere a la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos. Ello sucede en aquellos casos donde las restricciones a la competencia

¹⁴¹ Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007.

¹⁴² Resolución 019-94/CLC del 27 de julio de 1994.

¹⁴³ Resolución 870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002.

¹⁴⁴ Resolución 869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002.

¹⁴⁵ Resolución 019-2003-TSC/OSIPTEL del 30 de junio de 2003.

¹⁴⁶ Resolución 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997.

se derivan de la celebración y cumplimiento de negocios jurídicos, como sucede con las cláusulas de exclusividad, los descuentos por fidelidad, los pactos de no competencia, entre otros.

Así, el OSIPTEL ordenó a una empresa operadora de servicios de radiodifusión por cable que dejara sin efecto las cláusulas de exclusividad pactadas con dos cadenas televisivas estadounidenses para la difusión de sus señales de televisión, siendo inoponibles frente a terceros, puesto que dichos acuerdos restringían la posibilidad de acceso a dichas señales por parte de empresas competidoras en el servicio de radiodifusión por cable¹⁴⁷. De manera similar, el Tribunal del INDECOPI ordenó a una empresa productora de cemento no discriminar entre sus sub-distribuidores, incluso cuando ello implicara el incumplimiento de los contratos de afiliación que había celebrado con diversos sub-distribuidores lo que, según se había determinado en el procedimiento, configuraban infracciones al DL 701¹⁴⁸.

Finalmente, la medida correctiva prevista en el literal d) del numeral 46.1 del artículo 46 del Decreto Legislativo, consistente en obligar a permitir el acceso a una asociación u organización de intermediación, también ha sido dictada previamente por la Comisión. Así, en el procedimiento seguido contra la Asociación de Productores Agrícolas que administraban un importante mercado de abastos, la Comisión dispuso que dicha asociación permita el ingreso al mercado de los camiones que contenían arroz de una determinada marca¹⁴⁹. Como se puede apreciar, este tipo de medidas resulta útil en aquellos casos donde la restricción a la competencia se genera a partir de la imposición de barreras artificiales de acceso a asociaciones u organizaciones de comercio o intermediación.

Si bien es cierto las medidas correctivas aquí reseñadas y aquellas otras que pudiera dictar la Comisión o el Tribunal en virtud del artículo 46 del Decreto Legislativo, pueden implicar la restricción de algunos derechos y libertades de los agentes económicos, como el derecho de propiedad y la libertad de contratar, dicha limitación resulta justificada en tutela del proceso competitivo¹⁵⁰. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los particulares no pueden hacer un ejercicio irrestricto de sus libertades económicas vulnerando bienes jurídicos reconocidos en la Constitución Política como la libre competencia¹⁵¹ y normas de orden público, sea que se trate del DL 701 o de la Ley que se propone en el Decreto Legislativo¹⁵².

¹⁴⁷ Resolución 62-2000-CCO/OSIPTEL, del 21 de diciembre de 2000.

¹⁴⁸ Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2005.

¹⁴⁹ Resolución 0216-1999/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 1999.

¹⁵⁰ Este principio fue recogido también la Corte Suprema de Estados Unidos de América cuando señaló que *"ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o de un productor de decidir libremente con quien contratar en sus transacciones privadas"*, traducción libre del texto: *"In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal"*. United States v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919).

¹⁵¹ Artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

¹⁵² Fundamento Jurídico 25 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, en el Expediente 1963-2006-PA/TC

Multas coercitivas

El Decreto Legislativo en sus artículos 47 y 48 establece la facultad de la Comisión para establecer multas coercitivas en casos de incumplimiento de sus órdenes de medidas cautelares o correctivas.

Como anota la doctrina¹⁵³ y en concordancia con las disposiciones generales¹⁵⁴, las multas coercitivas no tienen carácter retributivo alguno, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. No son sanciones propiamente dichas y son compatibles con ellas. Este medio de ejecución forzosa impone sobre el destinatario del acto que se trata de ejecutar una obligación nueva y distinta de la establecida en dicho acto¹⁵⁵. Con dichas consideraciones el Decreto Legislativo fija los niveles de sanción por los incumplimientos señalados, así como respecto de la persistencia del incumplimiento, estableciendo toques máximos para estos últimos casos.

7. Indemnización por daños y perjuicios

El artículo 49 del Decreto Legislativo mejora la regulación la institución de la indemnización por daños y perjuicios derivados de prácticas anticompetitivas sancionadas por la agencia de competencia. Esta regulación representa un avance cardinal en materia de defensa de la competencia, en la medida que el potencial éxito de las acciones por indemnización constituye en otros países un mecanismo eficaz para desincentivar la comisión de prácticas anticompetitivas¹⁵⁶.

En concordancia con el sistema de competencia primaria previsto en la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo, el artículo 49 establece que, una vez agotada la vía administrativa, los afectados podrán reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a causa de las conductas anticompetitivas, en la medida que se demuestre el correspondiente nexo causal. En este sentido, el pronunciamiento firme del INDECOPI constituye un requisito previo para la interposición de una demanda por daños y perjuicios¹⁵⁷.

8. Disposiciones complementarias

Disposiciones complementarias derogatorias

Se reconoce el principio general por el cual una ley posterior deroga a una ley anterior; previsto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, por lo que el Decreto Legislativo contiene una derogación genérica de todas normas legales o de rango inferior que se opongan o contradigan a la Ley.

Sin perjuicio de ello, y con el objeto de lograr una mayor transparencia y predictibilidad de la vigencia de las normas de defensa de la competencia, se

¹⁵³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomas - Ramón FERNANDEZ. Op.Cit. Págs. 851-852.

¹⁵⁴ Artículo 199 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁵⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomas - Ramón FERNANDEZ. Op.Cit. Págs. 851-852.

¹⁵⁶ PICKER, Randal. *Mandatory Access Obligations and Standing*. Journal of Corporation Law. Winter 2006, Pág. 6.

¹⁵⁷ Numeral 5 del artículo 446 del Código Procesal Civil.

incluye una derogación expresa del DL 701, norma que viene a ser reemplazada por la Ley.

Asimismo, se derogan expresamente el artículo 232 y el numeral 3 del artículo 241 del Código Penal, disposiciones normativas que tipificaban como delitos el abuso de posición de dominio en el mercado y las concertaciones de precios en los concursos o licitaciones públicas. Esto último dado que la experiencia práctica del INDECOPI ha demostrado que la persecución administrativa —y no la persecución penal— constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas anticompetitivas. A ello se añade el hecho de que el complejo análisis de los efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal.

La derogación específica también despenaliza la figura conocida como "acaparamiento" prevista en el artículo 233 del Código Penal, puesto que su tipificación producida en 1991¹⁵⁸ contraviene el sistema económico de economía social de mercado previsto en la Constitución Política del Perú de 1993, así como el principio rector de la libre competencia reconocido en el artículo 61 de la carta magna.

Disposiciones complementarias finales

La primera de las disposiciones finales del Decreto Legislativo establece que el control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, en virtud del cual sólo el INDECOPI y el OSIPTEL, según corresponda, están facultados para ejercer el control correspondiente de las conductas anticompetitivas, de acuerdo con las atribuciones particulares que la legislación correspondiente les otorga.

Ello no enerva el derecho de los administrados de cuestionar las decisiones de las máximas instancias de dichos organismos ante el Poder Judicial, pero dicho derecho no podrá ser ejercido sino únicamente hasta cuando se haya agotado la vía administrativa ante dichas instituciones.

La Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo establece que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en caso el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE identifique alguna conducta que pueda constituir una infracción a la Ley, debe comunicar de tal hecho al INDECOPI para que, de ser el caso, se inicie el procedimiento sancionador correspondiente y se determine la responsabilidad del presunto infractor.

Conforme a la práctica de la Comisión, en el marco de los procedimientos seguidos ante el Tribunal del CONSUCODE, se han remitido casos o expedientes ante la verificación de presuntas prácticas anticompetitivas en el marco de procesos de contratación pública. El efecto de dicha medida ha sido la suspensión de los procedimientos seguidos ante el Tribunal del CONSUCODE hasta que se produzca el pronunciamiento de la autoridad de competencia.

Por tanto, en el Decreto Legislativo se establece que sólo una vez que el INDECOPI determine la existencia de una infracción y ésta tenga la calidad de consentida o firme, se procederá a la inscripción de los infractores en el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado.

Por otro lado, en la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo se incorpora como novedad que en el marco exclusivo de un acuerdo internacional y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá investigar conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que forman parte del referido acuerdo. De igual modo, en el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo con arreglo a un acuerdo internacional, la Comisión podrá intercambiar información, incluyendo información confidencial, con las autoridades competentes de los países que formen parte del Acuerdo.

Esta disposición —bajo las condiciones antes señaladas— configura una ampliación excepcional a la regla general establecida en el artículo 4 del Decreto Legislativo, la cual delimita el ámbito de aplicación de la Ley a todas las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional. Bajo esta disposición, en el marco de un acuerdo internacional, la Comisión analizaría conductas cuyos efectos se producen fuera del territorio nacional. Asimismo, el intercambio de información al que se hace referencia responde a la aplicación del principio de reciprocidad.

ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

A continuación desarrollamos el análisis costo beneficio de la propuesta legislativa a fin de demostrar que la acción gubernamental en este caso es justificada y apropiada. Para ello, destacaremos los beneficios posibles, costos y efectos de la norma propuesta.

La propuesta de reforma normativa del régimen de libre competencia en el Perú tiene como objetivo adecuar y mejorar el sistema de defensa frente a prácticas anticompetitivas para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de economía social de mercado que nos rige, obligación que se deriva de los compromisos asumidos en el APC Perú - EEUU, así como preparar a la institución para el cumplimiento de estándares que se deriven de la suscripción de nuevos acuerdos de promoción comercial.

La tendencia creciente del número de servicios institucionales se ha venido mostrando en los tres últimos años, reflejando un crecimiento sostenido de la economía en el mismo periodo. En este sentido, la mayor demanda de servicios que se presentará una vez vigente el APC Perú - EEUU y otros acuerdos, se verá reflejada en un mayor número de procedimientos sobre infracciones a la legislación sobre libre competencia.

Con relación a los beneficios concretos que se obtienen con la aprobación del Decreto Legislativo, podemos mencionar los siguientes:

- Facilita el cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de las previsiones legales sobre libre competencia, al haberse simplificado la normatividad en la materia, clarificándose conceptos, estableciéndose definiciones, ejemplificándose con mayor precisión los supuestos, etc.

- Genera mayor predictibilidad en la medida que contiene mayor cantidad y calidad de definiciones, establece una serie de plazos y describe de manera clara también una serie de etapas dentro del procedimiento general de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas. Ello en su conjunto facilita el cumplimiento de la regulación contra prácticas anticompetitivas.
- Minimiza el impacto o cargas innecesarias o no deseables, tanto para la Comisión como para los usuarios del sistema. Por ejemplo, en el último caso, el establecimiento de plazos perentorios para la conclusión de etapas y emisión de resoluciones por parte de la autoridad de competencia reduce significativamente los costos en que los agentes involucrados en un procedimiento incurrir.
- Integra múltiples objetivos de políticas públicas, entre ellas, el combate de las prácticas competitivas, la abogacía de la competencia y la consolidación de una cultura de mercado en el Perú.
- Mejora la transparencia de la labor de la Comisión y del Tribunal del INDECOPI en diversos aspectos.
- Define y delimita de mejor manera la responsabilidad del Estado, entre otras razones, al imponérsele obligaciones concretas bajo responsabilidad de la Comisión y su Secretaría Técnica.
- Fortalece la capacidad de investigación de la Comisión, lo que va a redundar en la solución más pronta y adecuada de los casos, en beneficio directo de los usuarios y del sistema de competencia en el Perú en general.
- La defensa más eficiente de la libre competencia conlleva importantes impactos comerciales, en la medida que se genera mayor confianza en los inversionistas respecto del escenario en que entrarán a competir, lo que redundará directamente en la atracción de inversiones para el país.
- Las pequeñas empresas se encuentran mejor protegidas contra prácticas anticompetitivas de competidores de mayor envergadura al haberse mejorado la regulación referida a los actos de abuso de posición de dominio.
- La adecuada vigilancia del proceso competitivo coadyuva a mejorar las condiciones para la generación de empleo en el Perú.
- Todo lo mencionado redundará en mayor bienestar social.

Por otro lado, los costos involucrados son los siguientes:

- Recursos que se deberán invertir en la implementación del sistema a nivel institucional, tales como actividades de capacitación del personal del INDECOPI dedicado a labores de protección de la libre competencia, lo que involucra, básicamente, al personal de la Secretarías Técnicas de la Comisión y del Tribunal.
- Recursos que deberán invertir los profesionales especialistas en su capacitación con relación a la nueva norma de libre competencia, así como en la difusión entre los agentes económicos del contenido de la reforma.

- Mayores recursos que deberá invertir el INDECOPI para mejorar el funcionamiento de las Secretarías Técnicas de la Comisión y del Tribunal a fin de cumplir con las obligaciones y objetivos contenidos en la nueva norma.
- Finalmente, cabe señalarse que no se comprometerán fondos del Tesoro Público con las modificaciones propuestas, pues se realizará íntegramente con recursos directamente recaudados por el INDECOPI.

Como se ha demostrado, el análisis de costo y beneficio demuestra de manera clara y contundente que los beneficios potenciales de la regulación propuesta son notoriamente superiores a los costos de cumplimiento, al haberse maximizado el impacto positivo de la norma, previéndose la obtención de los objetivos trazados de un modo eficaz.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La entrada en vigencia del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas tendrá como efecto derogar las siguientes normas:

- El Decreto Ley 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias; y,
- Los Artículos 232 y 233 y el Numeral 3 del Artículo 241 del Código Penal.